



المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة أم القرى

كلية الشريعة والدراسات الإسلامية

قسم الشريعة

تخصص أصول الفقه

العقود المالية المستجدة وضوابطها (دراسة أصولية تطبيقية)

رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في أصول الفقه

إعداد الطالبة

سارة بنت عامر بن محمد أمين روزيخ

٤٢٥٨٠١٢٨

إشراف

أ.م.ك. ناصر بن عبد الله الميمان

١٤٣١هـ - ٢٠١٠م



﴿وَأَنَّ هَذَا صِرَاطِي مُسْتَقِيمًا فَاتَّبِعُوهُ وَلَا تَتَّبِعُوا السُّبُلَ فَتَفَرَّقَ بِكُمْ عَن سَبِيلِهِ﴾^ج
ذَٰلِكُمْ وَصَّيْتُكُمْ بِهِ ۚ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ ﴿١٥٣﴾ [الأنعام/١٥٣]

ملخص الرسالة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين. أما بعد:

فهذه رسالة مقدمة لكلية الشريعة والدراسات الإسلامية لنيل درجة الماجستير في قسم أصول الفقه بعنوان: العقود المالية المستجدة وضوابطها (دراسة أصولية تطبيقية).

فكرة الموضوع: ربط القواعد الأصولية بأحكام العقود المالية المستجدة.

أما هدف الدراسة: فبيان أهمية الرجوع إلى القواعد الأصولية في النوازل المعاصرة عامة، وتطبيقها على العقود المالية المستجدة خاصة.

وقد بحث ذلك من خلال خمسة فصول:

الفصل الأول التمهيدي: وقد اشتمل على تعريف العقود، وتعريف المال، وأقسام العقود، وبيان المقصود بالعقود المالية المستجدة وأقسامها.

الفصل الثاني: في القواعد الأصولية المطبقة على العقود المالية المستجدة في هذا البحث : وقد اشتمل على القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم التكليفي، والمتعلقة بالحكم الوضعي، والمتعلقة باللغات، والمتعلقة بالنهي، والمتعلقة بالقياس، والمتعلقة بالمقاصد الشرعية.

الفصل الثالث: في التكيف الفقهي للنوازل، وطرق التعرف على أحكامها.

الفصل الرابع: تطبيق القواعد الأصولية على بعض أحكام العقود المالية المستجدة : وقد اشتمل على الخلوات، والإجارة المنتهية بالتملك، والمشاركة المتناقصة، ومراجعة الأمر بالشراء، والتأمين.

الفصل الخامس: في الضوابط التي يجب مراعاتها في العقود المستجدة :

وقد اشتمل على تعريف الضابط، وبيان أهم الضوابط التي يجب الأخذ بها عند دراسة أحكام العقود المالية المستجدة.

وقد ذيلت الرسالة بخاتمة ذكرت فيها أهم النتائج والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث .

الطالبة:

المشرف:

سارة بنت عادل بن محمد أمين روزي

أ.د. ناصر بن عبدالله الميمان

والحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات

إهداء

إلى من كان له فضل جزيل بعد الله عليّ—والديّ الكريم- لو بعدد حروف رسالتني
نطقت كلمات الشكر لن تكن وافية ولا لمعشار ما بذلت.. كنت عند سؤالني حاضراً
.. ولعلمك باذلاً.. وبلطفك دانياً.. رعبت جهديّ وكأنه النتاج الذي ترى فيه ابتك
التي كانت تلك الصغيرة يوماً.. وقفت معي بوقتكم رغم كمّ الأشغال التي تنوء
بها.. فإليك أهدي هذا الجهد ..

إلى أمي التي أحاطتني بدعوات ملء الأنسام حولي.. وبنصح كان السند الداعم لي
.. بذلت قدر مستطاعك معي.. وأياديك عليّ في كلّ أمرني تحقني.. فعطائك لي
لا يحصى.. وفضلك أبداً لن ينسى.. أودعت امتناني لك عند ملك السماوات والأرض
، فهو وحده سبحانه القادر عليّ أن يوفيك ..

إلى مشرفي الأستاذ الدكتور ناصر الميمان.. الذي لم يأل جهداً في التصحيح
والتقويم والتوجيه.. والذي يحرص رغم مشاغله الجمة أن يجيب كل طالب.. وأن
يساعد بكل الوسائل.. عُرِف بدقته.. ومرونته.. وبمكاته علماً وفضلاً..

إلى أشقائي.. الذين أشغلتهم معي.. وكان حرصهم عليّ..

إلى صديقتي ورفيقة دربي.. التي ساعدت بكل ما تستطيع في الفهارس والتنسيق
.. رغم مشاغله.. وظروف سفرها..

إلى أساتذتي وصديقاتي و"طالباتي".. اللاتي كنّ دوماً حريصات أن يسألنني إن كنت
أحتاج لمهونة أو مساعدة.. واللواتي لم يهنأ لهن بال.. ودعواتهن لبحثي ترافقه
إلى أن منّ الله عليه بالتمام..

إلى كل طالب للعلم.. حريص عليه.. يبذل له كل غال ونفيس.. من وقته.. وجهده..

المقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده و نستعينه ونستغفره ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا، ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله، وحده لا شريك له، وأشهد أن محمدا عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وصحبه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد:

فإن مما يعلمه كل مؤمن بربه، عابد بقلبه، عامل بشرعه، أن كل شرع غير شرع الله فاسد، زائل، وأن شرع الله هو الشرع الوحيد القادر على الثبات وعلى الاستمرار؛ لتمييزه بمرونة تواكب كل زمان ومكان، وذلك لثبات أصوله وأهدافه وقواعده التي بني عليها، ومرونتها.

وإن الأحكام الشرعية بشبوتها، ورسوخ قواعدها، وشمولها لكل ما يجد في الحياة، هي الوحيدة التي ركَّب فيها الخالق - سبحانه - بحكمته ورحمته التي وسعت كل شيء القدرة على تنظيم حياة الناس الفردية والجماعية بما يضمن لهم السعادة والفلاح في الدنيا والآخرة.

ولا شك أنه لا يمكن أن نشهد هذه الصلاحية للشرعية واقعا ملموسا في زمن كثرت فيه النوازل، وتعددت شئون الحياة، وتطورت أنظمة المجتمعات، وظهرت تحديات الأنظمة الوضعية للشرعية الإلهية إلا من خلال وجود من يعالج ضرورات هذا الواقع بما يتناسب معه من حلٍّ سريع، وفكرٍ طليق، وحركة علمية، بما يوافق الشروط والضوابط التي نص عليها الأصوليون.

ومن هنا تظهر الحاجة الماسة للدراسات التي تتناول النوازل المعاصرة مؤصلة بأصولها ومقاصدها التي تحافظ على ثباتها، وفروعها ووسائلها التي تكسبها مرونتها، فكان أن قدمت هذا البحث بعنوان: (العقود المالية المستجدة وضوابطها) (دراسة أصولية تطبيقية) إسهاماً مني في هذا المجال، والله أسأل الإخلاص والقبول والتوفيق والسداد.

أسباب اختيار الموضوع:

١- نظراً لانتشار التعامل بالعقود المستجدة على مستوى الأفراد، وعلى مستوى البنوك والمؤسسات، ولما فيها من تعقيد وتشابك ناتج عن طبيعة مستجدات هذا العصر، ظهرت الحاجة الماسة إلى دراسة الموضوع من جانب أصولي تُبنى الأحكام فيه على سوقها راسخة مؤصلة بالأصول الشرعية.

٢- طبيعة النوازل تحتاج لمن يجمع المتفرق من قواعدها وضوابطها، ومن يحرر أحكامها ومسائلها، ومن يوضح حلالها وحرامها، ولا أدعي لنفسني القدرة على الإحاطة بذلك كله ولكن حسبي بذل الوسع، وفي هذا إعمال لأصول الفقه في موضعه الحقيقي الذي صنف من أجله، وفيه تحديد لتطبيقاته.

٣- الجانب التأصيلي التطبيقي ينمي للباحث ملكته الفقهية، ويعدده لبحث قضايا عصره الذي لا يزال مليئًا بالمستجدات.

٤- في البحث إحاطة ببعض قواعد الأصول ومسائله، وهذا في حد ذاته مطلب للباحث ولا شك.

٥- ندرة الكتابة في هذا الجانب من الأصول رغم أهميته، فقد يكون هذا البحث أحد هذه الإسهامات.

الدراسات السابقة في الموضوع:

على حسب ما تيسر لي الاطلاع عليه من كتب ومراجع، لم يتبين لي أنه قد تمت دراسة الموضوع سابقا من الجانب الأصولي بحيث تتوفر فيه دراسة تطبيقية، والموجود عبارة عن أبحاث تناولت الموضوع من الجانب الفقهي فقط.

منهج البحث

أما منهجي في البحث فيتلخص في النقاط التالية:

١- عند عرض القاعدة الأصولية تم عرضها بحسب النقاط التالية:

أ- التعريف بالقاعدة الأصولية.

ب- توثيقها من كتب الأصول المعتمدة.

ج- تحرير محل النزاع فيها.

د- ذكر الأقوال المشهورة فيها.

هـ - علاقة القاعدة بالعقود المستجدة.

٢- عند تطبيق القواعد الأصولية في الفصل الذي يتحدث عن أحكام العقود المستجدة التي هي محل الدراسة تم بيان وجه استدلال العلماء بها في استنباط الحكم للعقد المستجد.

٣- الالتزام بقواعد المنهج العلمي، وذلك كما يلي:

أ- عزو الآيات القرآنية إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية.

ب- تخرّيج الأحاديث النبوية الواردة في البحث، فإن كان الحديث في الصحيحين أو أحدهما اكتفيت بالعزو إليه، وإن لم يكن فيهما خرجته من كتب السنن الأربعة وإلا خرجته من كتب الحديث الأخرى المعتمدة، مع نقل ما أقف عليه من حكم أهل العلم على الحديث صحة أو ضعفًا.

ج- الترجمة للأعلام، والفرق والمذاهب الواردة في البحث باختصار.

د- التعريف بالمصطلحات الفقهية والأصولية، والألفاظ الغريبة التي تحتاج إلى بيان.

هـ - التزم بما هو متعارف عليه من قواعد كتابة البحث العلمي في النقل والعزو والإقتباس والتوثيق.

و- زودت البحث بفهارس تفصيلية للموضوعات، والآيات، والأحاديث، والمصادر.

خطة البحث:

قسمت البحث إلى مقدمة وخمسة فصول وخاتمة، وذلك كما يلي:

المقدمة

وتشتمل على أسباب اختيار الموضوع، والدراسات السابقة، ومنهج البحث، وخطته.

الفصل الأول التمهيدي

التعريف بالعقود المالية وأقسامها، والعقود المالية المستجدة وأقسامها

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول

تعريف العقود، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف العقود لغة.

المطلب الثاني : تعريف العقود اصطلاحًا.

المبحث الثاني

تعريف المال، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : تعريف المال لغة.

المطلب الثاني : تعريف المال اصطلاحًا.

المبحث الثالث

أقسام العقود، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول	: أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها
المطلب الثاني	: أقسام العقود من حيث المشروعية وعدمها
المطلب الثالث	: أقسام العقود من حيث صحة العقد وعدمه
المطلب الرابع	: أقسام العقود من حيث المعاوضة والتبرع
المطلب الخامس	: أقسام العقود من حيث كونها بسيطة أو مركبة

المبحث الرابع

العقود المالية المستجدة، وأقسامها، وفيه مطلبان:

المطلب الأول	: المقصود بالعقود المالية المستجدة
المطلب الثاني	: أقسام العقود المالية المستجدة

الفصل الثاني

القواعد الأصولية المطبقة على العقود المالية المستجدة في هذا البحث

ويشتمل على ستة مباحث:

المبحث الأول

القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم التكليفي، وفيه مطلبان:

المطلب الأول	: قاعدة: الأصل في الأشياء والمعاملات
المطلب الثاني	: قاعدة: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب

المبحث الثاني

القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم الوضعي، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول	: قاعدة: الباطل والفساد
--------------	-------------------------

المبحث الثالث

القواعد الأصولية المتعلقة بالنهي، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول	: قاعدة: اقتضاء مطلق النهي الفساد
--------------	-----------------------------------

المبحث الرابع

القواعد الأصولية المتعلقة بالقياس، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول : قاعدة: جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع

المبحث الخامس

القواعد الأصولية المتعلقة بالمقاصد الشرعية، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول : قاعدة: أن تكاليف الشارع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق،

وهذه المقاصد ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية.

المطلب الثاني : قاعدة: الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة

المطلب الثالث : قاعدة: التيسير ورفع الحرج

المطلب الرابع : قاعدة: درء المفسد مقدم على جلب المصالح

المطلب الخامس : قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد

المطلب السادس : قاعدة: إبطال الحيل

الفصل الثالث

التكييف الفقهي للنوازل، وطرق التعرف على أحكامها

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول

التكييف الفقهي للنوازل، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول : المقصود بالتكييف الفقهي

المطلب الثاني : المقصود بالنوازل

المطلب الثالث : وسائل توصل للتكييف الفقهي الصحيح

المبحث الثاني

طرق التعرف على أحكام النوازل، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : التعرف على أحكام النوازل بطريق الرد إلى الأدلة الشرعية

- المطلب الثاني : التعرف على أحكام النوازل بطريق الرد إلى القواعد الفقهية
- المطلب الثالث : التعرف على أحكام النوازل بطرق التخريج
- المطلب الثاني : التعرف على أحكام النوازل بطريق الرد إلى مقاصد الشريعة

الفصل الرابع

تطبيق القواعد الأصولية على بعض أحكام العقود المالية المستجدة

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول

الخلوات

المبحث الثاني

الإجارة المنتهية بالتملك

المبحث الثالث

المشاركة المتناقصة

المبحث الرابع

مراجعة الأمر بالشراء

المبحث الخامس

التأمين

الفصل الخامس

الضوابط التي يجب مراعاتها في العقود المالية المستجدة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول

تعريف الضابط

المبحث الثاني

الضوابط التي يتوصل إليها من الدراسة والبحث

الخاتمة. وتشتمل على أهم النتائج والتوصيات.

الفهارس العلمية:

وتشتمل على ما يلي:

أ- فهرس المراجع والمصادر.

ب- فهرس الآيات القرآنية.

ج- فهرس الأحاديث النبوية.

د- فهرس الموضوعات.

وأخيراً: أسأل الله أن يتقبل مني هذا العمل ، وأن يجعله خالصاً صواباً في ميزان أعمالي يوم أن ألقاه ، وأن يغفر لي ما وقع فيه من خطأ أو زلل ، فإن وفقت فهو من فضل ربي وأسأله المزيد ، وإن أخفقت فمن نفسي ومن الشيطان ، ولا حول ولا قوة إلا بالله.

والحمد لله رب العالمين ، وصلى الله وسلم على نبينا محمد الأمين ، وعلى آله وصحبه الغر الميامين

الفصل الأول

التعريف بالعقود المالية وأقسامها، والعقود المالية المستجدة وأقسامها

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول : تعريف العقود

المبحث الثاني : تعريف المال

المبحث الثالث : أقسام العقود المالية

المبحث الرابع : المقصود بالعقود المالية المستجدة

المبحث الخامس : أقسام العقود المالية المستجدة

المبحث الأول تعريف العقود

المطلب الأول : تعريف العقود لغة .

المطلب الثاني : تعريف العقود اصطلاحاً .

المطلب الأول

تعريف العقد لغة

(العين والقف والدال) أصل واحد يدل على شد وشدة وثوق، وإليه ترجع فروع الباب كلها ^(١) ، و أصل مادة عقد عند العرب الإبرام وهو نقيض الحل ^(٢) ، وقد استخدموه لمعان عديدة متقاربة، وترجع غالباً إلى:

١- **الربط والشد بإحكام** ^(٣) ، يقال: عقدت الحبلين عقداً، أي: "ربطتهما بجمع طرفيهما وشد أحدهما بالآخر حتى يتصلا فيصبا كقطعة واحدة" ^(٤) ، والعُقْدَةُ تقال: "لموضع العقد من الحبل" ^(٥) ، "وتقال: لما فيه بلاغ الرجل وكفايته" ^(٦) ، ويقال: "عقدة النكاح وجوبه، ويقال: عقدة البيع وجوبه" ^(٧) .

٢- **العهد والالتزام: والعقد أوكده وأوثقه** ^(٨) ، "يقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا فتأويله ألزمته ذلك، فإذا قلت: عاقدته أو عقدت عليه فتأويله أنك ألزمته ذلك باستيثاق" ^(٩) .

" قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] قيل: هي العهود (أي: العقود بين الناس)، وقيل: هي الفرائض التي ألزموها (أي: ما شرعه الله على عباده) ^(١٠) .

(١) ينظر: معجم مقاييس اللغة (٤ / ٨٦) .

(٢) مادة (ع ق د) ، ينظر: لسان العرب (٩ / ٣٠٩) ، المخصص (٣ / ١٣١) ، تاج العروس من جواهر

القاموس (٥ / ١١٥) ، العين (١ / ٢٦) .

(٣) ينظر: لسان العرب (٩ / ٣١١) ، تاج العروس (٥ / ١١٥) .

(٤) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير (٦ / ٢٦١) ، ينظر: لسان العرب (٩ / ٣١١) ، المغرب (١ / ٢٦) ، تهذيب اللغة (١ / ٥٠) .

(٥) تهذيب اللغة (١ / ٥٠) .

(٦) تاج العروس (٥ / ١١٧) .

(٧) العين (١ / ٢٦) .

(٨) ينظر: القاموس المحيط (١ / ٢٩٩) .

(٩) تهذيب اللغة (١ / ٥٠) .

(١٠) لسان العرب (٩ / ٣٠٩) .

فتبين من خلال ما سبق أن استخدام العرب للعقد يطلق على كل ما يفيد الربط والتوثيق والإلزام من جانب واحد كالعهد واليمين، أو من جانبين كالبيوعات والنكاح ونحوها من العقود^(١).

المطلب الثاني

تعريف العقد اصطلاحاً

اختلف الفقهاء فيما يطلق عليه عقد على قولين ، منهم من قال بعمومه فأدخل في العقد ما يتم الالتزام فيه بإرادة واحدة كالهبة، والجعالة^(٢) ، والإبراء من الدين، والوصية، والكفالة، والعزل من التوكيل، ومنهم من قال بخصوصه فقصره على ما كان الالتزام فيه بإرادة الطرفين كالبيع والنكاح والإجارة وهذا المعنى هو المقصود إذا أطلقت كلمة العقد حتى يكاد ينفرد بالاصطلاح، ولا يقصد المعنى العام إلا بالتنبيه^(٣).

وقد وردت لهم تعريفات متقاربة في تعريف العقد، منها:

١- "تعلق كلام أحد العاقلين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"^(٤).

الاعتراض عليه: التعريف غير جامع فالعقد ينعقد بكل ما يدل عليه كالمعاطاة، والإشارة في المزاد ونحو ذلك .

٢- "ربط أجزاء التصرف بالإيجاب والقبول شرعاً"^(٥).

٣- "التصرف الذي ينشأ عنه حكم شرعي ، سواء صدر من طرف واحد أو من طرفين"^(٦)

٤- "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً"

(١) ينظر: تاج العروس (١١٥/ ٥) ، النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص (٨) .

(٢) جعالة : التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول يعسر ضبطه ، وصورهما : وهي أن يجعل الرجل للرجل جُعلاً على عمل يعمل له إن أكمل العمل ، وإن لم يكمله لم يكن له شيء ، وذهب عناؤه باطلاً ، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (١٦٥) .

(٣) ينظر: النظريات الفقهية ص (١٣-١٥) ، الملكية ونظرية العقد ص (١٧٣-١٧٥)

(٤) العناية على هامش الفتح (٤٧/ ٥) .

(٥) التعريفات للرجحاني ص (١٦٦) ، ينظر: البحر الرائق (٤٤٠/٥) ، التوضيح لمتن التنقيح (٣٨٩/٢) .

(٦) النظريات العامة في الفقه الإسلامي ص (١٠ ، ١١) .

ثم شرحه قائلا : " وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول بحصته " (١).

الاعتراض عليه: التعريف غير مانع حيث دخل فيه العقود غير المشروعة.

٥- "الربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما صادرين من شخصين على وجه يترتب عليه أثره الشرعي" (٢).

وبناء على ما سبق فقد اخترت تعريفاً رأيته شاملاً ، مانعاً ، لم تلحقه الاعتراضات السابقة ، أشرحه فيما يلي:

التعريف المختار:

ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يظهر أثره في محله (٣)

شرح التعريف:

ارتباط: وصف في العقد يلزم منه ربط الإيجاب بقبول، وهو جنس في التعريف يشمل كل ربط .
الإيجاب بالقبول: فالإيجاب ما صدر من أحد العاقدين أولاً ، والقبول ما صدر من العاقد الثاني ثانياً سواء كان كلاماً ، أو فعلاً ، أو إشارة ، ولا بد أن يتوافقا في إرادتهما ويكونا في مجلس واحد (٤).
والإيجاب والقبول من أركان عقود المعاوضات وعقد النكاح وما شابهه ، وبهذا القيد يخرج من العقد الالتزام الناشئ عن إرادة منفردة إلا عند من يقول بأنها لا تتم إلا بقبول الطرف الآخر.
على وجه مشروع يظهر أثره في المحل: أي يوافق الشرع عليه بحيث يترتب أثر العقد عليه ، وهو قيد خرج به ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه غير مشروع (٥).

(١) مجلة الأحكام العدلية (١ / ٩١) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ص (١٧٠) .

(٣) الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد (١ / ٢٩٠) .

(٤) ينظر: الملكية ونظرية العقد ص (١٧٦ ، ١٧٧) .

(٥) ينظر: التلويح في كشف حقائق التوضيح (٢ / ١٢٣) .

المبحث الثاني تعريف المال

المطلب الأول : تعريف المال لغة

المطلب الثاني : تعريف المال اصطلاحاً.

المطلب الأول تعريف المال لغة

يطلق المال في اللغة على كل ما يملكه الإنسان من الأشياء ، والمال: "ما ملكته من كل شيء" ^(١)، وقيل: "هو أخص من الملك" ^(٢).
و المال من المول، ومال الرجل يمول مَوْلًا ومؤولا إذا صار مال ، وتصغيره مُوَيْل ، وأموال العرب أنعامهم، وكانوا أكثر ما يطلقون المال على الإبل ؛ لأنها أكثر أموالهم ^(٣)
و "المال في الأصل ما يملك من الذهب والفضة ، ثم أطلق على كل ما يقتنى ويملك من الأعيان" ^(٤)

المطلب الثاني تعريف المال اصطلاحاً

اختلفت عبارات الفقهاء في تعريف المال بناء على اختلافهم في حقيقة المال ، وانقسموا في ذلك إلى مذهبين:

المذهب الأول: مذهب الجمهور ^(٥) :

من تعريفاتهم للمال ، ما يلي:

- ١- "يقطع في جميع المتمولات التي تتمول في العادة ويجوز أخذ الأعواض عليها" ^(٦)
- ٢- "ولا يقع اسم مال إلا على ما له قيمة يباع بها ، وتكون إذا استهلكها مستهلك أدى قيمتها- وإن قلت - وما لا يطرحه الناس من أموالهم ، مثل الفلوس وما أشبه ذلك الذي يطرحونه" ^(٧)

^(١) مادة (م و ل) ، ينظر: تاج العروس (١ / ٧٥٢٤) ، القاموس المحيط ص (١٣٦٨) ،

^(٢) الكليات ص (٨٥٣) .

^(٣) ينظر: لسان العرب (١١ / ٦٣٥) ، تاج العروس (١ / ٧٥٢٤) ، العين (٢ / ١٩٢) .

^(٤) ذكره ابن الأثير -رحمه الله- في النهاية في غريب الحديث والأثر (٤ / ٣٧٣) .

^(٥) قصدت بالجمهور هنا : المالكية والشافعية والحنابلة.

^(٦) الإشراف على مسائل الخلاف (٤ / ٥) .

^(٧) الأم (٥ / ١٧١) .

٣- "ما يكون فيه في حد ذاته منفعة مقصودة ، يعتد بها شرعاً ، بحيث تقابل بتمول عرفاً في حال الاختيار" (١)

٤- "المال شرعاً ما يباح نفعه مطلقاً ، أي في كل الأحوال ، أو يباح اقتناؤه بلا حاجة" (٢)

فاتضح مما سبق أنهم اتفقوا على أن المال يشترط فيه أن يشتمل على منفعة مقصودة مباحة شرعاً في حال السعة والاختيار لا حال الحاجة والاضطرار ، وأن يكون مما يتموله الناس عادة ويجري فيه البذل والمنع .

المذهب الثاني : مذهب الحنفية:

من تعريفاتهم للمال ، ما يلي:

١- " ما يميل إليه طبع الإنسان ويمكن ادخاره إلى وقت الحاجة ، والمالية تثبت بتمول الناس كافة أو بعضهم " (٣)

٢- "موجود يميل إليه الطبع ، ويجري فيه البذل والمنع" (٤).

٣- "ما خلق لمصالح الآدمي ، ويجري فيه الشح و الضنة" (٥).

٤- ما يجري فيه البذل والمنع (٦).

فاتضح مما سبق عدم اشتراطهم في المال أن يكون مباح النفع بلا حاجة ، فاعتبروا ما لا يباح الانتفاع به ، أو ما أبيح لحال الاضطرار والحاجة مالاً ، وانفردوا باشتراط إمكان ادخاره لوقت الحاجة فأخرجوا المنافع من كونها مالاً لعدم إمكان ادخارها.

(١) ترشيح المستفيدين بتوشيح فتح المعين شرح قرّة العين ص (٢١٨) .

(٢) شرح منتهى الإرادات (١٤٢/٢) .

(٣) حاشية رد المختار (٥٣٤/٤) ، ينظر: مجلة الأحكام العدلية (١٠٠/١) .

(٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام (١٦٨/٢) .

(٥) منحة الخالق على البحر الرائق (٢٧٧/٥) .

(٦) حاشية رد المختار (٥٣٥/٤) .

المبحث الثالث

أقسام العقود

المطلب الأول : أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها

المطلب الثاني : أقسام العقود من حيث المشروعية وعدمها

المطلب الثالث : أقسام العقود من حيث صحة العقد وعدمها

المطلب الرابع : أقسام العقود من حيث المعاوضة والتبرع

المطلب الخامس : أقسام العقود من حيث كونها بسيطة أو مركبة

المطلب الأول

أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها (١)

تنقسم العقود بهذه الحيشة إلى قسمين:

١- العقود المسماة:

هي العقود التي اصطلاح^(٢) على اسم خاص بها يدل على موضوعها ، وأحكام أصلية تترتب على انعقادها ، ومن أمثلتها: عقد البيع ، والإجارة ، والسلم^(٣) ، والصرف^(٤) ، والعارية^(٥) ، والوديعة^(٦) ،^(٧). فالعقود المسماة لا يكفي فيها التسمية بل لا تصبح مسماة إلا بعد أن تقرر لها أحكامها الخاصة بها ؛ لأن منها ما يكون استثناء من القواعد العامة في نظرية العقد^(٨).

٢- العقود غير المسماة:

هي التي لم يصطلح على اسم خاص بها يدل على موضوعها ، ولم تترتب عليها أحكام خاصة لانعقادها ، وهي وإن لم ينص الشارع عليها إلا أنه يتمّ تخريجها على أحد العقود المسماة ، وقد تتردد بين عدة عقود ، وبناء عليه يصبح لها حكمها الخاص بها ، ثم تستقل باسم خاص لها .

(١) هذا التقسيم في أصله من وضع أهل القانون ثم وجد في كتب النظريات الفقهية الحديثة ينظر: نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ص (٥٧) .

(٢) اصطلاح عليها إما عند الشارع ، أو الفقهاء ، أو القانونيين ، وأحياناً أهل الاختصاص.

ينظر: العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع ص (٨ ، ٩) ، ونظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ص (٥٧) .

(٣) السلم : عبارة عن بيع موصوف في الذمة ببدل يُعطى عاجلاً ، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (٢٤٨) .

(٤) الصرف : بيع النقد بالنقد ، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (٢٧٧) .

(٥) العارية : عقد تبرع بالمنفعة ، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (٣٠٧) .

(٦) الوديعة : العين التي توضع عند الغير ليحفظها ، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (٤٦٩) .

(٧) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٥) ، المدخل الفقهي العام (١ / ٥٦٩) ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي

ص (٢٧٣) .

(٨) ينظر: العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع ص (٨ ، ٩) .

ومن أمثلة ذلك مما ورد في كتب الفقهاء: بيع الوفاء^(١) الذي يتردد اعتباره بين البيع والرهن ، والمراجعة^(٢) ، والتولية^(٣) ، والوضيعة^(٤) ، أما في عصرنا الحديث فمنها ما قد سمي كالإيجار المنتهي بالتمليك ، ومنها طائفة لم تميز بأسماء خاصة وهي تنتظر أسماء لها: كترول الفنادق بالطعام والشراب ، وبيع عقود النشر والإعلان في الصحف وغيرها^(٥) ، وعليه فإن العقود الغير المسماة لن تنحصر فالحاجة لها مستمرة باستمرار تطور الحياة.

فالعقود بهذه الخيثة تنتقل من كونها غير مسماة إلى عقود مسماة بأمرين:

١- أن يصطلح على اسم خاص بها.

٢- أن يوضع لها أحكام خاصة تستقل بها عن غيرها .

وذلك لا يكون إلا إذا كان للعقد تطبيقات واسعة في الحياة العملية أو أن له أهمية خاصة^(٦).

(١) بيع الوفاء : هو أن يقول البائع للمشتري : بعث منك هذا العين بمالك علي من الدين ، على أي متى قضيت الدين فهو لي ، ينظر : التعريفات ص (٩٦) .

(٢) المراجعة : هي البيع بزيادة على الثمن الأول ، ينظر : التعريفات ص (٢٦٦) .

(٣) التولية: هي بيع المشتري بثمنه بلا فضل ، ينظر : التعريفات ص (٩٨) .

(٤) الوضيعة : هي بيع بنقيصن الثمن الأول ، ينظر : التعريفات ص (٣٢٧) .

(٥) ينظر: المدخل الفقهي العام (١ / ٥٧٠ ، ٥٧١) ، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع ص (٩) ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٧٤) .

(٦) ينظر: نظرية العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ص (٥٧) .

المطلب الثاني

أقسام العقود من حيث المشروعية وعدمها

تنقسم العقود بهذه الحثية إلى قسمين:

١- عقود مشروعة:

هي التي أجازها الشارع وأذن بها، قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ [البقرة: ٢٧٥].
ومن أمثلتها: بيع المال المتقوم، والرهن، والهبة، وغيرها مما أباح الشارع.

٢- عقود محرمة:

هي التي منعها الشارع ونهى عنها، قال تعالى: ﴿وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥].
ومن أمثلتها: بيع الأجنة في بطون أمهاتها، وبيع الملاحيح^(١)، والمضامين^(٢)، مما كان معروفاً في جاهلية العرب فمنعته الشريعة الإسلامية، وكذا عقد التبرع من مال القاصر، والعقد على ما ينافي الآداب العامة من الفواحش، أو على ما يخالف النظام العام كالاستئجار على ارتكاب جريمة، ونكاح المتعة، فكل ذلك عقود ممنوعة غير مشروعة^(٣).

ونتيجة لعدم مشروعية العقد يعتبر باطلاً غير منعقد؛ لفقدان إحدى شروط الانعقاد^(٤).

(١) الملاحيح: ما في بطون الحوامل من كل شيء، أجنة أو غيرها، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٤٢٣).

(٢) المضامين: ما في ظهور الفحول، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٤٢٣).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (٥٧٣/١)، والعقود المالية المركبة ص (٢٦، ٢٧).

(٤) لم ينهج فقهاء المذاهب الأربعة نهجاً واحداً في تقسيم وصياغة شروط صحة العقد، وسأذكر ما اتفقوا على العمل به لصحة انعقاد العقود: التكليف - موافقة القبول الإيجاب - الرضا وعدم الإكراه بغير حق - اتحاد المجلس - القدرة على التسليم - أن يكون مباحاً منتفعاً به - أن يقع العقد ممن له الملك أو الولاية - أن يكون المعقود عليه معلوماً وكذلك الثمن - عدم النهي عنه. ينظر: حاشية الدر المختار على الدر المختار (٥٣٨، ٥٣٩/٤)، الشرح الكبير بامش حاشية الدسوقي (١٥-٢/٣)، مغني المحتاج (١٦-٣/٢)، شرح منتهى الإرادات (١٥٣-١٤١/٢).

المطلب الثالث

أقسام العقود من حيث صحة العقد وعدمها

تنقسم العقود بهذه الحثية إلى قسمين:

١- العقود الصحيحة:

ويقصد بها العقود التي سلمت أركانها وأوصافها من الفساد والبطالان بحيث تترتب عليها آثارها المطلوبة منها شرعاً ولم يرد نهي من الشرع عنها. وقد اتفق على هذا المعنى للعقود الصحيحة وإن اختلفت التعريفات^(١)، فالعقد الذي توافرت فيه شروط الصحة تنتقل به الملكية، ويمكن فيه من التصرف بالمعقود عليه انتفاعاً أو هبةً أو وقفاً ونحو ذلك من آثار.

٢- العقود غير الصحيحة:

يقصد بها العقود التي أصابها خلل في أحد أركانها، أو أوصافها، أو نهي الشارع عنها، فلا تترتب عليها آثارها المطلوبة منها شرعاً. وقد اتفق على عدم صحة هذا العقد لكن الخلاف إنما هو فيما يقابل الصحيح^(٢)، فالجمهور على أن العقد غير الصحيح يسمى باطلاً أو فاسداً وهما مترادفان^(٣)، (٤).

(١) ينظر: التعريفات ص (١٧٣)، كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي (٢٥٨/١)، شرح

الكوكب المنير (٤٦٧/١)، نفائس الأصول في شرح المحصول (١١٥/١).

(٢) الخلاف متفرع على قاعدة: هل النهي يقتضي الفساد؟، وسيأتي الحديث عنها لاحقاً في الفصل الثاني ص (٦٩).

(٣) ينظر: حاشية الدسوقي (٥٣/٣)، الفروق (٨٢/٢)، القواعد والفوائد الأصولية ص (١٥٤)، التمهيد

(٣٧٦/١)، نهاية السؤل (٦٠/١)، شرح الكوكب المنير (٤٧٣/١)، روضة الطالبين (٤١٠/٣).

(٤) وقد فرقوا بين الفاسد والباطل بسبب الدليل في بعض مسائل الوكالة والوديعة والعارية والشركة والقراض، فمثلاً في

الكتابة يعد العقد باطلاً إن كان على غير عوض مقصود شرعاً، أو رجع الخلل إلى العاقد، أما الفاسد فغير ذلك مما

يترتب عليه العتق ويعود السيد بالقيمة للعبد. ينظر: القواعد والفوائد الأصولية ص (١٥٤)، التمهيد (٣٧٦/١)،

نهاية السؤل (٦٠/١)، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٧٩).

أما الحنفية ففرقوا بينهما فالباطل عندهم: مالا يكون مشروعاً بأصله ولا بوصفه ، فائت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة إما لانعدام معنى التصرف: كبيع الميتة والدم ، أو لانعدام أهلية التصرف: كبيع الصبي والمجنون.

والفاسد: ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، مشروعاً في نفسه فائت المعنى من وجهه للملازمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال مع تصور الانفصال في الجملة^(١)، ^(٢) كعقد الربا فهو مشروع من حيث إنه بيع وممنوع من حيث الزيادة التي هي وصفه، وكالعقد في وقت النداء من يوم الجمعة فقد ورد فيه خلل في الوقت ولم يرد خلل فيه كعقد^(٣).

المطلب الرابع

أقسام العقود من حيث المعاوضة والتبرع

تنقسم العقود بهذه الحثية إلى قسمين:

١- عقود المعاوضات^(٤):

وهي نوعان^(٥):

أ- عقود معاوضات محضة:

وهي العقود التي يجري فيها انتقال الحقوق المالية^(٦) بين المتعاقدين على سبيل التقابل^(٧).

(١) كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي (٢٥٩/١) ، ينظر: بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب

(٤١٠/١) ، البحر الرائق (١١٣/٦) ، المبسوط (٢٢٧/٢٣) ، البناء في شرح الهداية (١٨٨/٧) .

(٢) فأصل العقد: أركانه وشروطه، وأما وصفه: فما يتصل به من أوصاف خارجية تكون سبباً للنهي عنه . ينظر:

البناء في شرح الهداية (١٨٨/٧) ، شرح التلويح على التوضيح (١٢٣/٢) ، البحر الرائق (١١٣/٦) .

(٣) ينظر: بيان المختصر (٤١٠/١) ، البحر الرائق (١١٣/٦) .

(٤) وتسمى أيضاً عقود المبادلات ينظر: النظريات الفقهية ص (٣٣) ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٨) .

(٥) الفروق للقرافي (١٥١/١) ، وينظر: بداية المجتهد (١٩٨-١٩٩) .

(٦) سواء بانتقال الملك أو التمكن من الانتفاع.

(٧) ينظر: مغني المحتاج (٢/٢) ، حاشية الرد المحتار على الدر المختار (٥٣٧/٤) ، حاشية الدسوقي (٢/٣) ،

النظريات الفقهية ص (٣٣) ، القواعد في الفقه الإسلامي ص (٧٤) ، المدخل الفقهي العام (٥٧٩/١) ، نظرية

العقد دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ص (٤٩) ، ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ص (٢٦٩) .

وهي على أربعة أضرب:

١- مبادلة مال بمال: كالبيع بجميع أنواعه من سلم وصرف وغيرهما.

٢- مبادلة مال بمنفعة: كالإجارة والاستصناع^(١) والمزارعة.

٣- مبادلة مال بما ليس بمال: كالزواج والخلع.

٤- مبادلة منفعة بمنفعة: كقسمة المنافع^(٢).

وعلى هذا فكل ما يشمل مبادلة بين طرفيه فهو عقد معاوضة.

ب- عقود معاوضات غير محضة (أو مشوبة بالتبرع):

ويقصد بها العقود التي تقوم ابتداء على جهة التبرع وتنتهي بالمعاوضة بأن تتحقق في صورتها المبادلة.

ومن أمثلتها:

١- الهبة بشرط العوض.

٢- القرض .

٣- الكفالة بأمر المدين .

فهي عقود نشأت على سبيل التبرع والترفق، فالذي يهب على شرط أخذ عوض عن هبته متبرع بما يعطي، والمقرض متبرع بإعانة المقرض بالمال، والكفيل بالأمر متبرع بالتزام أداء الدين عن المدين. لكن عندما يأخذ الواهب مقابلاً لهبته، ويسترجع المقرض قرضه و الكفيل ما دفعه عن المدين تتحقق فيها صورة عقد المعاوضة^(٣)

(١) الاستصناع: طلب عمل شيء خاص، على وجه مخصوص، مادته من الصانع، ينظر: معجم المصطلحات

المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٥٥).

(٢) ينظر: النظريات الفقهية ليوסף ص (٣٣).

(٣) ينظر: المدخل الفقهي العام (٥٧٩/١)، النظريات الفقهية ص (٣٣).

٢- عقود التبرعات:

العقود التي يجري فيها انتقال حق مالي من طرف لطرف آخر دون مقابل على سبيل الترفق والمعونة^(١)، وذلك كالهبة والوقف والوصية والإعارة، فالمتبرع بها لا يطلب عوضاً عما تبرع به.

المطلب الخامس

أقسام العقود من حيث كونها بسيطة أو مركبة

تنقسم العقود بهذه الحثية إلى قسمين:

أ- **العقود البسيطة:** ويقصد بها العقود المفردة التي تتناول نوعاً واحداً من العقود كغالب العقود، مثل: عقد البيع، والإجارة، والهبة، والرهن وغيرها. فكل عقد على حدة، وليس مركباً من عدة عقود تجتمع فيه.

ب- **العقود المركبة:** ويقصد بها العقود التي تشتمل على أكثر من عقد واحد على سبيل الجمع، أو التقابل امتزجت جميعها فأصبحت عقداً واحداً تترتب عليه جميع الحقوق والالتزامات جملة واحدة. فالعقد الواحد مكون من عدد من العقود لا تقبل التفريق والتجزئة في آثارها^(٢).

مثالها: عقد المضايقة، فهو يحتوي على عدة عقود: عقد إيجار بالنسبة للمسكن، وبيع بالنسبة للطعام، وعمل بالنسبة للخدمة، ووديعة بالنسبة للأمتعة.

^(١) ينظر: الفروق (١٥١/١)، بداية المجتهد (١٩٨/٢-١٩٩)، النظريات الفقهية ص (٣٣)، العقود المالية

المركبة ص (٢٦)، المدخل الفقهي العام (٥٧٩/١)، القواعد في الفقه الإسلامي ص (٧٦)، نظرية العقد

دراسة قانونية مقارنة بأحكام الشريعة الإسلامية ص (٤٩)، ضوابط العقد ص (٢٦٩).

^(٢) ينظر: نظرية العقد للسنهوري ص (١٢٥، ١٢٦)، العقود المالية المركبة ص (٣٣).

المبحث الرابع

المقصود بالعقود المستجدة

العقود المستجدة:

هي العقود التي تستجد استجابة للتغيرات التي تحدث في حياة الناس في مختلف العصور ، فتولد أنواعاً جديدة من العلاقات ، والمعاملات ، والعقود بينهم، لتنهض بحاجاتهم إلى تلك المعاملات المختلفة.

مثال ذلك في كتب الفقهاء ما ذكره ابن قدامة^(١) - رحمه الله - في السفينة أو الدابة يعطيها مالكةا لآخر يعمل عليها بجزء من الدخل المتولد منها، قال : "وإن دفع رجل دابته إلى آخر ليعمل عليها ، وما يرزق الله بينهما نصفين أو أثلاثاً أو كيفما شربا ، صح ، وقيل لا يصح ، والربح كله لرب الدابة ؛ لأن الحمل الذي يستحق به العوض منها ، وللعامل أجر مثله ؛ لأن هذا ليس من أقسام الشركة ، إلا أن تكون المضاربة ، ولا تصح المضاربة بالعروض ، ولأن المضاربة تكون بالتجارة في الأعيان وهذه لا يجوز بيعها ولا إخراجها عن ملك مالكةا . ومن قال : يتخرج أن لا يصح ، بناء على أن المضاربة بالعروض لا تصح ، فعلى هذا إن كان أجر الدابة بعينها فالأجر لمالكةا ، وإن تقبل حمل شيء فحملة ، أو حمل عليها شيئاً مباحاً فباعه ، فالأجرة والثلث له ، وعليه أجرة مثلها لمالكةا ، ولنا ، أنها عين تنمي بالعمل عليها فصح العقد عليها ببعض نمائها ، كالدرهم والدنانير ، وكالشجر في المساقاة ، والأرض في المزارعة . وقولهم : إنه ليس من أقسام الشركة ، ولا هو مضاربة . قلنا : نعم ، لكنه يشبه المساقاة والمزارعة ، فإنه دفع لعين المال إلى من يعمل عليها ببعض نمائها مع بقاء عينها ، وبهذا يتبين أن تخريجها على المضاربة بالعروض فاسد ؛ فإن المضاربة إنما تكون بالتجارة والتصرف في رقبة المال ، وهذا بخلافه " (٢)

فالعقود المالية المستجدة هي عقود مالية لمعاملات لم تكن موجودة في السابق و استحدثت مع ظهور تقنيات اقتصادية في النهضة التنموية الحديثة ، أو كان لها أصل وركبت من عقدين فأكثر لتحقيق أغراض تجارية ، واستثمارية محددة.

(١) هو: عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بن مقدم المقدسي الدمشقي الحنبلي ، موفق الدين ، كان إماماً من أئمة الدين وعلماء من أعلام المسلمين وكان شيخ الحنابلة في وقته له تصانيف كثيرة منها : " المغني " و " الكافي " و " المقنع " و " العمدة " في الفقه ، و " روضة الناظر و حنة المناظر " في أصول الفقه ، توفي سنة ٦٢٠ هـ . ينظر : ذيل طبقات الحنابلة (١٣٣/٢) ، شذرات الذهب (٨٨/٥) .

(٢) المغني (١١٧/٥) .

المبحث الخامس

أقسام العقود المستجدة

تنقسم العقود المالية المستجدة إلى ثلاثة أقسام:

١- **العقود المستحدثة التي لا أصل لها تستند عليه:** هي التي تنظم أنواعا من العلاقات المستجدة بين الناس والتي لا أصل لها تقاس عليه ؛ لأنها لم تكن معهودة، أو لأنها جاءت وليدة النهضة الحديثة .

مثالها: عقد الاشتراك في المجالات والجرائد، فهو عقد يتقدم فيه دفع الثمن ويتأجل قبض المبيع، ولكنه ليس سلماً لأنه غير موصوف في الذمة، ولا سلعة مثلية إذ العقد يتعلق بمجلة بعينها، كما أنه ليس استصناعاً لأن الصفات في المصنوع يحددها الصانع لا المستصنع فهو الذي يتولى التحرير وإعداد المحتويات لكل عدد.

٢- **العقود المجتمعة:** هي الاتفاقيات التي تولد حقوقاً والتزامات مستمدة من أكثر من علاقة تعاقدية، كأن يجتمع فيها البيع والإجارة والوكالة، ومعلوم أن لكل عقد من هذه العقود ملامحه الواضحة، وأركانها، وشروطه المكتملة لكنها تقع جميعاً في داخل تلك الاتفاقية، وقد اتجهت إرادة العقادين إلى جمع تلك العقود في اتفاقية واحدة لمصلحة التحقق لكليهما ؛ بحيث إنهما لو انفصلت عن بعضها البعض أو استقلت لم تتحقق تلك المصلحة، أو ربما لم تتحقق بالصورة المرغوبة.

مثالها: الاتفاقية المتعلقة بسكن المسافر في أحد الفنادق إذ يجتمع فيها عدة عقود: منها عقد إجارة الغرفة التي يسكن فيها . وعقد بيع الطعام الذي يحصل عليه في غرفته أو في مطعم الفندق . وعقد ودیعة للأموال التي يضعها في صندوق حفظ الأمانات .

فاجتمعت العقود في عقد واحد لمصلحة يراها الطرفان، فالتريل سيفضل أن يحل في سفره على فندق يتوفر فيه كافة الخدمات فلا يحتاج إلى الخروج منه لطلب الطعام وغسل الملابس وغيره، وصاحب الفندق له مصلحة في جعل كل تلك الخدمات في اتفاقية واحدة ؛ لأنه عندئذ ربما قبل الربح القليل في الطعام في سبيل أن يزيد من ربحه في تأجير الغرف مثلاً، كما أن جمع تلك العقود في اتفاقية واحدة يقلل تكاليف التعاقد وهو أمر مهم في حياة الناس المعاصرة.

ولا تثير العقود المجتمعة مشكلة كبيرة من الناحية التعاقدية إذ أن تلك العقود وإن اجتمعت في اتفاقية واحدة إلا أنها تحتفظ باستقلالها العقدي فلا تتمزج مع بعضها البعض. ففي المثال السابق ليس التريل في الفندق ملزماً بأكل طعام ذلك الفندق، ولذلك يستطيع إذا رغب أن يقصر الاتفاقية المذكورة على السكن فحسب، فتصبح عقد إجازة عادي لكن وجوده ساكناً في الفندق يمكنه من طلب الطعام في الغرفة ويكون له عندئذ ثمنه الخاص، وإن كان جزءاً من الاتفاقية، والعوض في كل عقد من هذه العقود معلوم ومحسوب بطريقة واضحة مستقلة عما سواه، فثمن الطعام مستقل عن أجره السكن أو رسوم الهاتف.

ولها صورة أخرى:

بأن تكون العقود المجتمعة تكراراً لعقد واحد فيلتزم الطرفان أو أحدهما في اتفاقية بإمضاء عقد من العقود بصفة متكررة خلال فترة معينة.

مثالها: الاتفاقية التي يوقعها تاجر مع المصرف الإسلامي يكون له خلال مدتها أن يشتري سلعا بالمراجحة إلى حد معين يذكر في تلك الاتفاقية (٥ ملايين أو أكثر أو أقل) ويلتزم المصرف خلال مدة الاتفاقية أن يقدم له التمويل متى طلب ولا يزيد من ربحه (أي: زيادة من أجل الأجل) في كل بيع عن نسبة كذا المتفق عليها، عندئذ فقد اجتمعت في تلك الاتفاقية عدة عقود للمراجحة، وجد الطرفان مصلحة في جمعها، فالمصرف يستفيد منها في تقليل الإجراءات وتخفيض تكاليف دراسة الطلب، ومتطلبات الموافقة عليه، والتاجر يطمئن إلى أن المصرف قد ألزم نفسه بتقديم تلك الخدمات خلال الفترة المتفق عليها.

٣- **العقود المركبة:** هي الاتفاقيات التي تجتمع فيها عناصر مستمدة من أكثر من عقد ترتبط فيها عناصر العقد بحيث لا يتحقق مقصود الطرفين من الاتفاقية المذكورة إلا بوجودها جميعاً، فإن عناصر العقود فيها لا يمكن فصلها عن بعض بل إن أي محاولة لذلك ربما أدت إلى انتفاء المقصود منها .

مثالها: الاعتمادات المستندية لغرض الاستيراد، فإن فيها عنصر الوكالة، وعنصر الكفالة (أو الضمان)، وعنصر القرض، وليس أي واحد منهما مقصوداً بصفة مستقلة عن الآخر ولا يكفي لتحقيق الغرض توفر واحد منهما فحسب، كما أن العوض المدفوع مرتبط بالاتفاقية بكل عناصرها بحيث لا يعرف ما هو الثمن المقابل لكل عنصر فيها.

ولذلك يمكن القول إن الحكم على العقود المركبة معتمد على العناصر المكونة لها:

١- فإذا جمعت بين عقود معاوضة فحسب، فالنظر إليها مختلف عن الجمع فيها بين عقود المعاوضة وعقود التبرع، فمثلاً: قد ورد النهي عن بيع وسلف لأن الزيادة المشروطة في القرض من الربا المحرم، فإذا جمع البيع والزيادة فيه ربح مباح مع القرض في عقد واحد لم يعرف ما إذا كانت الزيادة هي في حقيقتها ربح أو ربا؟ فوقع المحذور .

٢- أو جمعت بين عقد معاوضة وضمان، فالإجماع على أن الأجر على الضمان لا يجوز، أما الجمع بين البيع والإجارة فهو أقل إشكالا؛ لأن كليهما عقد معاوضة فلا يكون الجمع بينهما مظنة الذريعة إلى المحذور من جهة الربا ^(١) .

^(١) ينظر: بحث: العقود المستحقة ضوابطها ونماذج منها لمحمد القري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ٤ (٥١٩/٢ ، ٥٦٣) بتصرف.

الفصل الثاني

القواعد الأصولية المطبقة على العقود المالية المستجدة في هذا
البحث

ويشتمل على ستة مباحث:

- المبحث الأول : القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم التكليفي
- المبحث الثاني : القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم الوضعي
- المبحث الثالث : القواعد الأصولية المتعلقة بالنهي
- المبحث الرابع : القواعد الأصولية المتعلقة بالقياس
- المبحث الخامس : القواعد الأصولية المتعلقة بالمقاصد الشرعية

المبحث الأول

القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم التكليفي

المطلب الأول : قاعدة: الأصل في الأشياء والمعاملات

المطلب الثاني : قاعدة: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب

المطلب الأول

قاعدة: الأصل في الأشياء والمعاملات^(١)

أ- التعريف بالقاعدة:

كان حديث علماء الأصول عن قاعدة (الأصل في الأشياء) بناء على أن المقصود بالأشياء كل شيء خلقه الله هل هو في الشرع على الإباحة في أصله حتى يرد التحريم، أم على الحظر في أصله حتى يرد الدليل على الإباحة، أم على التوقف حتى نعلم حكم الله فيها و يتبين لنا دليل؟^(٢).

لا يدخل في هذه القاعدة أمور:

١- المضار: لأن الشرع قد ورد بتحريم كل ما احتوى على ضرر. فقالوا: الأصل في المضار التحريم^(٣).

٢- العبادات: لأن الأصل فيها التوقف فلا يصح منها شيء حتى يقوم الدليل على الأمر بها، فهي توقيفية على ما أمر به الشارع فيها، ولا يصح التعبد بها إلا بدليل صحيح. فقالوا: الأصل في العبادات التوقيف^(٤).

٣- الأبضاع: الأصل فيها التحريم^(٥).

(١) الأصل: ما له فرع، و له عدة معان: الراجح من الأمرين، والمستصحب، و الدليل الغالب، و القاعدة الكلية المستمرة و غير ذلك، و يراد به هنا القاعدة المستمرة .

ينظر: البحر المحيط (١١/١ ، ١٢) ، شرح الكوكب المنير (٣٩/١ - ٤٠) ، إرشاد الفحول (٤٣/١) .
ويقصد بالأصل في الأشياء والمعاملات أي الأصل الذي يرجع إليه في الحكم عليها ما لم يوجد نص من الشارع أو قرينة تثبت حكماً غيره. ويستدل بها عند الترجيح في مواطن الخلاف فيما سكت عنه الشارع.

(٢) هذه القاعدة تتناول ما كان بعد ورود الشرع، أما ما كان قبل ورود الشرع فقد كان حديث الأصوليين عنه بناء على قاعدة التحسين والتقيح ، ينظر: إرشاد الفحول (٨٠٨/٢) ، إحكام الفصول للباجي ص (٦٨١) ، شرح المنهاج (٧٥١/٢) ، شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع (٦٨٣/٢) ، نهاية السؤل (٩٣٤/٢) .

(٣) لذلك صاغ بعض الأصوليين كالرازي هذه القاعدة على التفريق فيها بين المنافع والمضار فقالوا: الأصل في المنافع الإباحة وفي المضار التحريم، ينظر: تيسير الوصول (٩٤/٦ ، ٩٦ ، ٩٧) ، التمهيد للإسنوي ص (٤٨٧) .

(٤) ينظر: القواعد النورانية ص (٢٢٣) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٣٨٦/٢٨) .

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٦١) .

وتعبرهم بالأشياء يدل على أن حكمهم فيها هو الأصل فإذا احتوت على ضرر أو كانت عبادة أو مما يختص بالأبضاع علم حرمتها بالدليل، وهذه الثلاث الأصل فيها أنها على التحريم . فاتضح أن الأشياء تشمل المنافع ، وتعم المعاملات والعادات ، وهي التي يرد خلافهم عليها.

ب-تحرير محل النزاع:

محل النزاع وسببه في قاعدة الأصل في الأشياء بعد ورود الشرع وفي قاعدة الأصل في المعاملات:

إن الاتفاق على مواطن الحل، ومواطن الحرمة في الشرع.

أما الخلاف هنا فهو عما سكت عنه، ويستدل به عند اختلاف الفقهاء وعند تعارض أدلتهم.

ج- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها:

القول الأول: الأصل الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم^(١).

قال به: جمهور الأصوليين كالرازي^(٢)، والبيضاوي^(٣)، والسبكي^(٤)،

(١) الإباحة: يقصد بها في هذه القاعدة الإباحة الشرعية التي تطلق على ما أذن الشارع فيه للمكلف بفعله، أو تركه على التخيير من غير مدح فاعله، ولا وعد بالثواب، ولا ذم تاركه، ولا ترتيب عقاب، و سواء صرح الشارع بإباحتها أو لم يرد فيها عنه شيء مما يدخل تحت مرتبة العفو على قول جماعة من الأصوليين . ينظر: روضة الناظر (١١٦/١ ، ١١٧) ، الموافقات (٢٣٥/١ ، ٢٧٧) ، العدة (١٢٤٨/٤) .

(٢) المحصول (٤٧ / ١) .

والرازي: هو محمد بن عمر بن الحسين، الفخر الرازي، المعروف بابن الخطيب، مفسر متكلم، إمام وقته في العلوم العقلية وأحد الأئمة في العلوم الشرعية، له مصنفات مشهورة منها "التفسير" و "المحصل" و "المعالم" و "المطالب العالية" و "نهاية العقول"، توفي سنة ١٠٦ هـ . ينظر: ترجمته وفيات الأعيان (٣٨١/٣) ، شذرات الذهب (٢١/٥) .

(٣) ينظر: نهاية السؤل (٩٣٤/٢) ، شرح المنهاج (٧٥١/٢) .

والبيضاوي: هو عبدالله بن عمر بن محمد، إمام عارف بالفقه والتفسير والمنطق، أشهر مصنفاته مختصر الكشاف في التفسير والمنهاج و شرحه في أصول الفقه والإيضاح في أصول الدين، توفي سنة ٦٨٥ هـ ، ينظر: ترجمته شذرات الذهب (٣٩٢/٥) .

(٤) ينظر: شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع (٦٨٣/٢) .

والسبكي: هو تقي الدين علي بن عبدالكافي بن علي، كان فقيها وأصوليا مفسرا بارعا في العلوم، من مصنفاته "الابهاج في شرح المنهاج" و "شفاء السقام في زيارة خير الأنام"، توفي سنة ٧٥٦ هـ ، ينظر: شذرات الذهب (١٨٠/٦) .

والقراقي^(١) ، و الآمدي^(٢) ، وجماعة من الفقهاء ، وهو مذهب الشافعية ، ومحمد بن عبد الله بن عبد الحكم^(٣) ، و أبو فرج المالكي^(٤) ، وبه قال بعض الحنفية ومنهم الكرخي^(٥) -رحمهم الله -^(٦) .

أدلة القائلين بالإباحة:

١- قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أَحَلَّ لَهُمْ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ﴾ [المائدة: ٥]

وجه الدلالة: أن الله أحل الطيبات التي تستطيبها النفوس والطباع فاقتضى ذلك حل كل ما هو نافع مستطاب ، واللام في (لكم) دلت على أن الطيبات مخصوصة بالانتفاع ، ولا يقصد بالطيبات الحلال وإلا لزم التكرار ، والأصل ألا معنى ثالث^(٧) .

(١) ينظر : الذخيرة (١٥٥/١)

والقراقي : هو أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن بن عبد الله الصنهاجي القراقي ، من علماء المالكية ، كان ملماً بالفقه والأصول وتفسير القرآن والحديث وعلم الكلام والنحو ، ومن مصنفاته : " تنقيح الفضول وشرحه " و " شرح المحصول " في أصول الفقه ، و " الفروق " في علم القواعد الفقهية ، و " الذخيرة " في الفقه ، و " الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام " توفي سنة ٦٨٤هـ . ينظر : الديباج المذهب (٢٣٦/١) ، وينظر أيضاً شجرة النور الزكية ص (١٨٨) .

(٢) ينظر: إحكام الأحكام للآمدي (١٧٥ / ٢)

والآمدي هو : علي بن أبي علي بن محمد ، فقيه أصولي متكلم ، من كتبه "أبكار الأفكار" في علم الكلام و "الإحكام في أصول الأحكام" في أصول الفقه ، توفي سنة ٦٣١ هـ ينظر : وفيات الأعيان (٤٥٥/٢) ، شذرات الذهب (٥/١٤٤) .

(٣) هو : محمد بن عبد الله بن عبد الحكم بن أعين بن ليث ، سمع من الشافعي وأشهب وغيرهم ، له تصانيف منها : "أحكام القرآن" و "الرد على الشافعي" ، توفي سنة ٢٦٨ هـ ، ينظر : سير أعلام النبلاء (٤٩٨ / ١٢) .

(٤) وأبو الفرج المالكي هو : عمرو بن محمد بن عمرو القاضي أبو الفرج الليثي البغدادي ، من البصرة ونشأ ببغداد ، ألف كتاب "الحاوي" في الفروع ، و "اللمع في أصول الفقه" ، توفي سنة ٣٣١ هـ ، ينظر : الشجرة الزكية ، ص (٧٩) ، هداية العارفين (٧٨١/١) .

(٥) هو : عبيد الله بن الحسن بن دلال بن دهم المشهور بالكرخي ، كان زاهدا ورعا وصل الى طبقة المجتهدين ، وكان شيخ الحنفية في العراق ، له مؤلفات منها "المختصر" ، و "شرح الجامع الكبير" ، و "شرح الجامع الصغير" و "رسالة في الأصول" ، توفي سنة ٣٤٠ هـ ببغداد ، ينظر : ترجمته شذرات الذهب (٣٥٨/٢) .

(٦) ينظر : إرشاد الفحول (٨٠٨/٢) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٣٣) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٦٦) ، إحكام الفصول ص (٦٨١) ، التمهيد للإسنوي ص (٤٨٨ ، ٤٨٧) .

(٧) ينظر : إرشاد الفحول (٨٠٨/٢) ، تيسير الوصول (٩٥/٦) ، نهاية السؤل (٩٣٥/٢) .

قد يعترض عليه: أن المسؤول عنه ما أحل من المطاعم والمأكّل أو من الصيد والذبائح، فتختص الإباحة بالمسؤول عنه لا غيره ^(١).

٢- قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]

وجه الدلالة: أن سياق الآية سياق امتنان بأن الله خلق ما في الأرض وسخره للعباد، ولا يمتن إلا بجائز ^(٢).

وأيضا العموم الذي أفادته: (ما) وأكد بقوله: (جميعاً)، أفاد جواز كل ما في الأرض للعباد، وتخصيصه بالانتفاع لدلالة اللام في (لكم) إذ هي في اللغة للاختصاص النافع فإذا قلت: الثوب لزيد فإن معناه أنه مختص بنفعه ^(٣).

يعترض عليه: لا نسلم أن اللام في اللغة تفيد الاختصاص النافع في جميع الصور، فإن اللام تحيى لغير النفع أيضا كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ [الإسراء: ٧]. فاللام هنا لاختصاص المضار، وكذلك قوله: ﴿وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ﴾ [النساء: ١٣٢] ليست للاختصاص النافع لتتره تعالى عن الانتفاع به ^(٤).

يجاب عنه: أن اللام موضوعة للاختصاص المطلق، وهو القدر المشترك وليس فيه اشتراك ولا مجاز. يعترض عليه: حتى لو سلمنا أن اللام للاختصاص النافع لكن لا يلزم من ذلك إباحة جميع الانتفاعات؛ لأنه مطلق ^(٥).

يجاب عنه: "أن اللام للاختصاص أو الملك إذا صادفت قابلاً له، والخلق قابلون للملك، وهو في الحقيقة تخصيص من الله لهم بانتفاعهم به إذ لا مالك على الحقيقة إلا الله فافتضى ذلك أنهم متى اجتمعوا وما خلق لهم وسخر لهم في الوجود ملكوه، وإذا ملكوه جاز انتفاعهم به، إذ فائدة الملك جواز الانتفاع" ^(٦).

(١) ينظر: المراجع السابقة .

(٢) ينظر: شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع (٦٨٣/٢) .

(٣) ينظر: تيسير الوصول (٩٤/٦) ، إرشاد الفحول (٨٠٨/٢) ، نهاية السؤل (٩٣٤/٢) .

(٤) ينظر: نهاية السؤل (٩٣٦/٢) ، تيسير الوصول (٩٨/٦ - ١٠١) .

(٥) ينظر: المراجع السابقة.

(٦) روضة الناظر (١١٩/١) .

يعترض عليه: أن الآية وردت لا لإرادة أن الله خلق الأرض للانتفاع المخصوص بالعباد، وإنما للاستدلال على وجود الصانع سبحانه^(١).

يجاب عنه: ورود الآية للاستدلال على وجود الصانع سبحانه، لا يتنافى مع دلالة الآية أيضا على أن الله خلق الأرض للانتفاع المخصوص بالعباد.

٣- قال تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ قُلْ هِيَ لِلَّذِينَ ءَامَنُوا فِي الْحَيَاةِ الدُّنْيَا خَالِصَةً يَوْمَ الْقِيَمَةِ﴾ [الأعراف: ٣٢]

وجه الدلالة: سياق الامتنان دل على الجواز، والاستفهام الإنكاري في الآية على تحريم الزينة التي أباحها الله اقتضت انتفاء التحريم، وإذا لم تثبت حرمة امتنع ثبوت الحرمة في فرد من أفرادها لأن المطلق جزء من المقيد فلو ثبتت الحرمة في فرد من أفرادها لثبتت الحرمة في زينة الله وفي الطيبات من الرزق، وإذا انتفى التحريم بالكلية تعينت الإباحة، واللام دلت على اختصاصها للانتفاع بها.

يعترض عليه: بأن انتفاء الحرمة لا تثبت الإباحة، لأن عدم الحرمة أعم من الإباحة^(٢).

يجاب عنه: نسلم أن عدم الحرمة أعم من الإباحة، لكن عدم الحرمة يدل على الوجوب أو الندب أو الإباحة، وجميعها لا تدل على أن الصل التحريم، وبهذا يبطل رأيكم.

٤- قال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا﴾ [الأعراف: ٣٣]
وقال تعالى: ﴿قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبُّكُمْ عَلَيْكُمْ أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا﴾ [الأنعام: ١٥١]

وقال تعالى: ﴿قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خَنْزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهْلَ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ﴾ [الأنعام: ١٤٥]

وجه الدلالة: أسلوب الحصر في الآيات السابقة دل على أن ما لم يذكر فهو على الإباحة إلا إذا استثناه دليل آخر دل على حرمة، فالأصل الإباحة والتحريم مستثنى.

(١) ينظر: تيسير الوصول (٩٨/٦-١٠١)، أحكام القرآن لابن العربي (١٤/١).

(٢) ينظر: نهاية السؤل (٩٣٤/٢)، تيسير الوصول (٩٥/٦)، إرشاد الفحول (٨٠٨/٢).

٥- قال تعالى: ﴿ وَسَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِّنْهُ ﴾ [الجن: ١٣] ، وقال تعالى: ﴿ أَلَمْ تَرَوْا أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُم مَّا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَهْرَهُ وَبَاطِنَهُ ﴾ [لقمان: ٢٠]

وقال تعالى: ﴿ وَلَكُم فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتْنَعٌ إِلَىٰ حِينٍ ﴾ [البقرة: ٣٦]

وجه الدلالة: أن الله امتن على عباده بتسخير ما في السماوات وما في الأرض لهم، وهذه المنة تقتضي الإباحة وحل الانتفاع بحسب الأصل، واللام للتملك والاختصاص، مع دلالة (جميعاً) على العموم، فكل ما على وجه الأرض مسخر ويستمتع به.

٦- قال تعالى: ﴿ يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنَ أَشْيَاءَ إِن تَبَدَّلَ لَكُمْ تَسْؤُكُمْ وَإِن تَسْأَلُوا عَنْهَا حِينَ يُنَزَّلُ الْقُرْآنُ تُبَدَّلَ لَكُمْ عَفَا اللَّهُ عَنْهَا وَاللَّهُ غَفُورٌ حَلِيمٌ ﴾

[المائدة: ١٠١]

وجه الدلالة: فالأشياء المسئول عنها هي أحكام شرعية عفا الله عنها، أي سكت عن تحريمها فيكون سؤالهم عنها سبب تحريمها، ولو لم يسألوا لكانت عفواً^(١). وقد تأيد هذا المعنى بمسلك فقهاء الصحابة والتابعين وسواهم، فعن ابن عباس - رضي الله عنهما - : (ما لم يذكر في القرآن فهو مما عفا الله عنه وكان يسأل عن الشيء لم يحرم فيقول: عفو)^(٢) ،^(٣).

٧- سئل رسول الله - صلى الله عليه وسلم - عن السمن والجبن والفراء قال: (الحلال ما أحله الله في كتابه والحرام ما حرمه الله في كتابه، وما سكت عنه فهو مما عفا عنه)^(٤).

(١) ينظر: الموافقات (٢٥٧/١) .

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب: باب: ح (١٩٨٧٩)، (٢٥٩/٤). وابن شيبه في مصنفه، كتاب: الصيد. باب: ما قالوا في لحم الغراب؟. ح (٢٠٢٣٩)، (٤٠٠/٥).

(٣) ينظر: الموافقات (٢٥٧/١) .

(٤) أخرجه الترمذي في جامعه، كتاب: اللباس. باب: لبس الفراء. ح (١٧٢٦)، (٢٢٠/٤). وابن ماجه في سننه، كتاب الأطعمة. باب: أكل الجبن والسمن. ح (٣٣٦٧)، (٤٥٩/٤). عن سلمان الفارسي - رضي الله عنه - ، قال الترمذي عند تحريجه: وفي الباب عن المغيرة، وهذا حديث غريب، لا نعرفه مرفوعاً إلا من هذا الوجه، ويقصد بالغريب في اصطلاح الترمذي أي أنه من غرائب الشيوخ، أي تفرد بهذا الإسناد شيخ ما، وقد يكون المتن صحيح أو حسن أو ضعيف، بحسب المتفرد، وكيفية التفرد، ويحكم على الحديث بما يستحقه بعد الدراسة المستفيضة فليس كل غريب ضعيف. انظر: الشذا الفياح من علوم ابن الصلاح: (٤٤٧/٢)، قال السيوطي: حسن. الجامع الصغير من حديث البشير النذير. (٣٦٠/١).

وزيادة (فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً وتلا: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا﴾ [مريم: ٦٤]^(١).

وفي رواية: (إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها وحد حدوداً فلا تعتدوها، وسكت عن أشياء رحمة بكم غير نسيان فلا تبحثوا عنها)^(٢).

وفي لفظ: (وسكت عن كثير من غير نسيان فلا تتكلفوها رحمة لكم فاقبلوها)^(٣)
وجه الدلالة: دل الحديث صراحة على أن ما سكت عنه الشارع فهو معفو عنه، أي مباح، فجميع الأشياء التي لا نص عليها لا في كتاب ولا سنة فهي مما عفا عنه^(٤).

٨- قال -صلى الله عليه وسلم- : (إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على الناس فحرم من أجل مسألته)^(٥).

(١) أخرج هذه الزيادة البزار في مسنده، ح(٤٠٨٧)، (٢٦/١٠) والدارقطني في سننه، كتاب: الزكاة. باب: الحث على إخراج الصدقة وبيان قسمتها. ح(٢٠٦٦)، (٥٣/٣). والبيهقي في سننه الكبرى: كتاب: الضحايا. باب: ما لم يذكر تحريمه، ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب. ح(٢٠٢١٦). (١٢/١٠). عن أبي الدرداء - رضي الله عنه -. والحكم على إسناده هذه الزيادة فقد قال الهيثمي عنه: إسناده حسن، ورجاله موثقون. مجمع الزوائد (١٧١/١)

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه، كتاب: الرضاع. باب: لم يسمى للباب بمسمى. ح(٤٣٩٦)، (٣٢٥/٥). والحاكم في المستدرک، كتاب الأطعمة. ح(٧١١٤)، (١١٥/٤). والبيهقي في سننه الكبرى، كتاب: الضحايا. باب: ما لم يذكر تحريمه، ولا كان في معنى ما ذكر تحريمه مما يؤكل أو يشرب. ح(٢٠٢١٧). (١٢/١٠). عن أبي ثعلبة الخشني - رضي الله عنه -.

(٣) أخرج هذا اللفظ الطبراني في معجمه الصغير. ح(١١١١)، (٢٥٠/٢). والدارقطني في سننه، كتاب: الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك. باب: إباحة الصيد بالكلاب والجوارح. ح(٤٨١٤)، (٥٣٧/٥). عن أبي الدرداء - رضي الله عنه -.

(٤) مرتبة العفو تحدث عنها الشاطبي فقال: "يصح أن يقع بين الحلال والحرام مرتبة العفو" وتفصيلها في كتابه الموافقات ينظر: (٢٥٣-٢٧٧).

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة. باب: ما يكره من كثرة السؤال، وتكلف ما لا يعنيه. وقوله تعالى: {لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم} [المائدة: ١٠١]. ح(٧٢٨٩). (١١٧/٩). ومسلم في صحيحه، كتاب: الفضائل. باب: توقيره -صلى الله عليه وسلم- وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه، أو لا يتعلق به تكليف، وما لا يقع ونحو ذلك. ح(٦٢٦٥ - ٦٢٦٦)، (٩٢/٧). عن سعد بن أبي وقاص - رضي الله عنه.

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الأصل فيما سكت عنه الإباحة ؛ لأن التحريم ورد بعد السؤال فدل على أنه كان قبل السؤال مباحاً، واستقبح السؤال بقوله: (أعظم المسلمين جرماً) ؛ لأنه ورد على سبيل التعنت والتكلف، فالأصل الحل والتحريم عارض ^(١) .

٩- دليل عقلي: أن الله إما أن يكون خلق الأعيان لحكمة أو لغير حكمة، والثاني باطل لقوله تعالى: ﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لِعِبَادٍ﴾ الدخان ٣٨. وقوله: ﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾ المؤمنون: ١١٥، والعبث لا يجوز على الحكمة، فثبت أنها مخلوقة لحكمة، و الحكمة إما لعود النفع إلى الله سبحانه أو إلينا، والأول باطل لاستحالة الانتفاع عليه سبحانه، فثبت أن الله إنما خلقها لينتفع بها ^(٢).

القول الثاني: الأصل الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة: ^(٣)

نسب هذا القول لأبي حنيفة - رضي الله عنه - ^(٤)، وقاله بعض أصحاب الحديث، وقاله أبو بكر الأبهري المالكي - رحمه الله - ^(٥).

أدلة القائلين بالحظر:

١- قال تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [الأنعام : ١١٩]

وجه الدلالة: "الاستثناء من الحظر إباحة، فصار كأنه قال هذه الأشياء محرمة في حالة الاختيار، مباحة في حالة الاضطرار " ^(٦).

^(١) ينظر: روضة الناظر (١٢٠/١) .

^(٢) ينظر: إرشاد الفحول (٨١٠/٢) ، شرح الكوكب المنير (٣٢٦/١) .

^(٣) الحظر: يقال المنع أو التحريم، وهو ما علم أن في فعله شرعاً عقوبة، ينظر: العدة (١٢٤٨/٤) .

^(٤) نسبه له الشافعي وأشار ابن تيمية رحمه الله إلى أن أصوله تنبني على ذلك، لكن التحقيق أن الأصل عنده الإباحة ينظر:

المنثور للزركشي (٧٠/٢) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٣٣) ، القواعد التورانية ص (٦٦) ، المسند المنسوب لأبي

حنيفة مع شرحه للقارئ (٢٣٣) ، فواتح الرحموت (٤٩/١) ، التقرير والتحجير (١٠٢/٢) .

^(٥) ينظر: إرشاد الفحول (٨٠٨/٢) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٣٣) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (

٦٦) ، إحكام الفصول ص (٦٨١) ، نشر الورود (١٦/١) .

^(٦) أصول البزدوي (٤٥/١) .

يعترض عليه: أنه خارج محل النزاع ؛ فإن النزاع إنما هو فيما لم ينص على حكمه، أو حكم نوعه، وأما ما قد فصله وبين حكمه فهو كما بينه بلا خلاف. والمقصود من الآية أن كل ما لم يبين الله ولا رسوله تحريمه من المطاعم والمشارب والملابس والعقود والشروط فلا يجوز تحريمها ؛ فإن الله قد فصل لنا ما حرم علينا ، فما كان من هذه الأشياء حراماً فلا بد أن يكون تحريمه مفصلاً، وكما أنه لا يجوز إباحة ما حرم الله فكذلك لا يجوز تحريم ما عفا عنه ولم يحرمه^(١).

٢- قال تعالى: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ﴾
[النحل: ١١٦]

وجه الدلالة: "فأخبر سبحانه أن التحريم والتحليل ليس إلينا ؛ وإنما هو إليه ، فلا نعلم الحلال والحرام إلا بإذنه ، ولم يرد من الشارع أن حكم المسكوت عنه الإباحة " ^(٢).
يعترض عليه: " أن القائلين بأصالة الإباحة لم يقولوا بذلك من جهة أنفسهم، بل قالوه من جهة الدليل الذي استدلووا به من كتاب الله وسنة رسوله، فلا ترد هذه الآية عليهم، ولا تعلق لها بمحل النزاع"^(٣) ؛ بل إن الدليل يرد عليكم أيضاً ؛ لأن الآية تحدثت عن التحليل والتحريم على حد سواء.

٣- قال تعالى: ﴿أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ اللَّهُ﴾
[الشورى: ٢١]

وجه الدلالة: أن الله تعالى أنكر على من أثبت حكماً أو استحلال شيئاً من الدين بغير إذن الله تعالى.
يعترض عليه: أن هذا الاعتراض يعود عليكم إذا قلتم بالتحريم، وقد حملناه على الإباحة بالأدلة التي استدللنا بها^(٤).

٤- حديث: (الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى المشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات كراع يرعى حول الحمى يوشك أن يواقعه ألا

(١) ينظر: إرشاد الفحول (٨١٠/٢) ، إعلام الموقعين (٤٣٠/١) .

(٢) إرشاد الفحول (٨١٠/٢) .

(٣) المرجع السابق (٨١٠/٢) .

(٤) ينظر: العدة (١٢٥٥/٤) .

وإن لكل ملك حمى ألا إن حمى الله في أرضه محارمه ، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهي القلب^(١)

وجه الدلالة: "فأرشد إلى ترك ما بين الحلال والحرام ولم يجعل الأصل في أحدهما"^(٢).

يعترض عليه: أن الدليل لا يدل على مطلوبكم من أن الأصل المنع، فنقول: أن الله قد بين حكم ما سكت عنه بأنه حلال بما سبق من الأدلة ؛ وليس المراد بقوله: (وبينهما أمور مشتبهاً) إلا ما لم يدل الدليل على أنه حلال مطلق أو حرام واضح، بل تنازعه أمران أحدهما يدل على إلحاقه بالحلال ، والآخر يدل على إلحاقه بالحرام، كما يقع ذلك عند تعارض الأدلة أما ما سكت الله عنه فهو مما عفا عنه^(٣).

٥-حديث: (إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام)^(٤).

وجه الدلالة: أن الدماء والأموال الأصل فيها الحظر لا الإباحة ، وهي جنس عام فدل على أن الأصل التحريم فيها لا الإباحة.

يعترض عليه: "بأنه خارج عن محل النزاع ؛ لأنه خاص بالأموال التي قد صارت مملوكة للمالكين، ولا خلاف في تحريمها على الغير، وإنما النزاع في الأعيان التي خلقها الله لعباده، ولم تصر في ملك أحد منهم، وذلك كالحيوانات التي لم ينص الله عز وجل على تحريمها لا بدليل عام ولا خاص، وكالنباتات التي تنبت الأرض مما لم يدل دليل على تحريمها، ولا كانت مما يضر مستعمله بل مما ينفعه"^(٥).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: فضل من استبرأ لدينه. ح (٥٢)، (٢٠/١). وفي كتاب: البيوع. باب: الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهاً. ح (٢٠٥١)، (٦٩/٣). ومسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة. باب: أخذ الحلال وترك الحرام. ح (٤١٧٨)، (٥٠/٥). عن النعمان بن بشير - رضي الله عنه -.

(٢) ينظر: إرشاد الفحول (٨١٠/٢) .

(٣) ينظر: المرجع السابق .

(٤) جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: بدء الوحي. باب: ليبلغ العلم الشاهد الغائب. ح (١٠٥)، (٣٧/١)، ومسلم في صحيحه، كتاب: القسامة. باب: تغليظ تحريم الدماء والأعراض والأموال. ح (٤٤٧٨)، (١٠٨/٥). عن أبي بكر - رضي الله عنه -

(٥) إرشاد الفحول (٨١١/٢) .

قاعدة الأصل في المعاملات:

الخلافاً فيها بين الفقهاء على قولين:

القول الأول: الأصل فيها الصحة حتى يرد الدليل بالتحريم.

وهذا المذهب عند الحنفية^(١)، و المالكية^(٢)، و الشافعية^(٣)، وجمهور الحنابلة، فأصول أحمد - رحمه الله - المنقولة عنه أكثرها يجري على هذا القول، وناجح عن هذا الرأي ابن تيمية^(٤)، وابن القيم^(٥) - رحمهما الله -^(٦)، وأكثر المذاهب استخداماً لهذه القاعدة وتوسعاً في استخدامها في العقود والشروط هم الحنابلة وبخاصة ابن تيمية ومن تبعه^(٧).

الأدلة على أن الأصل في العقود والمعاملات الإباحة:

١- قال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]

وجه الدلالة: أمر الله عز وجل لعباده المؤمنين في الآية بالوفاء بالعقود دل على وجوب الوفاء بكل عقد للعموم الوارد فيها، فالأصل وجوب الوفاء بها .

(١) ينظر: تبين الحقائق (٤/٨٧)، أحكام القرآن للحصاص (٢/٣٧٢)، فتح القدير (٣/٧) .

(٢) ينظر: التلقين (٢/٣٥٩)، مقدمات ابن رشد (٢/٥١٢) .

(٣) ينظر: المذهب (١/٢٥٧)، المجموع (٩/١٩٦) .

(٤) ابن تيمية : هو أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن تيمية ، نشأ في أسرة علم وتولى التدريس في الجامع الكبير بدمشق ، وامتحن مرات وأوذي وحبس بقلعة دمشق وقلعة القاهرة وله صفحات جهادية مع التتار وتصانيفه كثيرة منها : " الفتاوى الكبرى " و " السياسة الشرعية " و " القواعد النورانية الفقهية " و " اقتضاء الصراط المستقيم " و موافقة صحيح المنقول لصريح المعقول " وغيرها ، توفي في قلعة دمشق سنة ٧٢٨هـ .

ينظر : ذيل طبقات الحنابلة (٢/٣٨٧) ، البدر الطالع بمحاسن مابعد القرن السابع (١/٦٣) ، تذكرة الحفاظ (٤/٢٧٨) .

(٥) ابن القيم : هو محمد بن أبي بكر بن أيوب الدمشقي الحنبلي ، المشهور بابن قيم الجوزية ، درس بالصدرية ، له من التصانيف : إعلام الموقعين ، وبدائع الفوائد ، والروح ، وزاد المعاد ، توفي سنة (٧٥١ هـ) ، ينظر : البدر الطالع ١٤٣/٢ - ١٤٦ (بتصرف) .

(٦) ينظر : مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٩/١٣٣)، القواعد النورانية الفقهية ص (٢٠٨) ، إعلام الموقعين (١/٤٢٥)، شرح الكوكب المنير (١/٣٢٢-٣٢٥)، بداية المجتهد (٢/١٢٠) .

(٧) ينظر : القواعد النورانية الفقهية ص (٢٠٨) .

قال الجصاص^(١) - رحمه الله - : "واقضى أيضا الوفاء بعقود البياعات ، و الإجازات ، و النكاحات ، وجميع ما يتناوله اسم العقود ، فمتى اختلفنا في جواز عقد أو فساد ، وفي حجة نذر ولزومه ، صح الاحتجاج بقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لاقتضاء عموميه جواز جميعها من الكفالات ، و الإجازات ، و البيوع وغيرها"^(٢).

اعترض عليه: أن الآية ليست على عمومها ولا على ظاهرها، وإنما وردت في بعض العقود التي جاءت النصوص بإباحتها والإلزام بها.^(٣)

أجيب عنه: بأن العموم الوارد في الآية لا يخصص إلا بدليل من كتاب أو سنة^(٤).

٢- قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥]

وجه الدلالة: أن الله أحل البيع ، ولفظ البيع عام يتناول كل بيع ، ويقتضي إباحة كل بيع إلا ما خصه الدليل ، فدل على أن الأصل في العقود الإباحة إلا ما دل الدليل على تحريمه^(٥).

٣- عموم النصوص الدالة على وجوب الوفاء بالعهد ، وأداء الأمانة ، والنهي عن الخيانة ونقض المواثيق ، والتي منها: قوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا﴾ [الأنعام: ١٥٢] ، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَاتِبٌ مَسْئُولٌ﴾ [الإسراء: ٣٤] ، وقوله تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا﴾ [النحل: ٩١]

(١) هو: أحمد بن علي المكنى بأبي بكر الرازي الجصاص الحنفي. والرازي نسبة إلى الري، والجصاص نسبة إلى العمل بالجص. درس الفقه على كبار الحنفية في عصره ، له مؤلفات عدة منها: الفصول في الأصول الشهير بأصول الجصاص؛ أحكام القرآن؛ شرح مختصر الكرخي؛ شرح مختصر الطحاوي؛ شرح الجامع الصغير؛ شرح الجامع الكبير ل محمد بن الحسن الشيباني؛ وشرح الأسماء الحسنى؛ كتاب جواب السائل. توفي ببغداد ، سنة (٣٧٠ هـ) ينظر: سير أعلام النبلاء (٤/ ٣١٤) .

(٢) أحكام القرآن للجصاص (٣٧١/٢-٣٧٢) ، ينظر: القواعد النورانية ص (٢١٤) ، آيات الأحكام (١٨٦/٥)

(٣) ينظر: المحلى (٤١٤/٨) .

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (١/ ٤٢٩) ،

(٥) ينظر: الأم للشافعي (٣/٣) ، المجموع للنووي (١٤٦/٩) .

وقد فصل الشافعي ذلك في كتابه: [الأم ٣/٣] بقوله: "احتمل إحلال الله عز وجل البيع معينين:

أن يكون أحل كل بيع تباعه المتبايعان جائزي الأمر فيما تباعاه عن تراض منهما وهذا أظهر معانيه.

أن يكون الله أحل البيع إذا كان مما لم ينه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم المبين عن الله معنى ما أراد فيكون هذا من الجمل التي أحكم الله فرضها بكتابه وبين كيف هي على لسان نبيه، فهي من العام الذي أراد به الخاص فينبى رسول الله صلى الله عليه وسلم ما أريد بإحلاله منه وما حرم أو يكون داخلا فيهما أو من العام الذي أباحه إلا ما حرم على لسان نبيه منه وما في معناه.

وجه الدلالة من الآيات^(١): هذه الآيات والأحاديث و أمثالها ورد فيها الأمر بالوفاء بالعهود ،

والشروط ، والمواثيق ، والعقود ، وبأداء الأمانة ، ورعاية ذلك ، وتبشير الموفين بالعهد بالنصرة في الدنيا والآخرة ، و ورد فيها النهي عن الخيانة ونقض العهد ، ولو كان الأصل في العقود الحظر والفساد إلا ما أباحه الشارع وأوجبه لما ورد الأمر بها مطلقاً ، وذم من نقضها والتشديد عليه ، فعلم من هذا أن الأصل في العقود والشروط الإباحة ، ولا معنى للتصحيح إلا بأن ترتب عليه أثره ، وحصل به مقصود العقد وهو الوفاء به^(٢).

يعترض عليه: إن هذه الآيات والأحاديث مجملة قد جاءت نصوص أخرى تبين أنها كلها ليست على عمومها ، ولكنها في بعض العهود ، والعقود ، والنذور ، والشروط ، وهي قوله - صلى الله عليه وسلم- : (لا نذر في معصية الله ، ولا فيما لا يملك العبد)^(٣) ، وقوله: (من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصي الله فلا يعصه)^(٤) ، فهذه نصوص توجب ما ذكرنا، إلا أن يأتي نص بتخصيص شيء من عمومها فيخرج ، ويبقى ما عداه على الجواز ، ويمكن أن تكون منسوخة بها أيضاً. وأيضاً لأن العهد إنما هو مضاف إلى الله ، ولا يضاف إلى الله إلا ما أمر به لا ما نهى عنه ، وما كان خلاف هذا فهو عهد إبليس لا عهد الله تعالى ، ومن أضافه إلى الله تعالى فقد كذب عليه^(٥).

يجاب عنه: "أما دعواكم النسخ فإنها دعوى باطلة ، تتضمن أن هذه النصوص ليست من دين الله ، ولا يحل العمل بها ، وتجب مخالفتها ، وليس معكم برهان قاطع بذلك ، وأما تخصيصها فلا وجه له وهو يتضمن إبطال ما دلت عليه من العموم ، وذلك غير جائز إلا ببرهان من الله ورسوله ... وأما معارضتها بما ذكرتم فليس بحمد الله بينها وبينه تعارض ، وهذا إنما يعرف بعد معرفة المراد بكتاب الله " ^(٦).

(١) تفصيل الاعتراضات والمناقشة التفصيلية لنصوص الوفاء بالعهد وتحريم الخيانة وترتيب أشد العقوبات عليها في

كتاب مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٣٨/٢٩ ، ١٤٦) ، والإحكام لابن حزم (٥ / ٦٠٣)

(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٣٨/٢٩ ، ١٤٦) ، الفتاوى النورانية ص (٢١٤ ، ١٣٣ ، ٢١٩) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: النذور، باب: لا وفاء لنذر في معصية الله ولا فيما لا يملك العبد.

ح(٤٣٣٣)،(٧٨/٥). عن عمران بن حصين - رضي الله عنه - .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الأيمان والنذور. باب: النذر في الطاعة. ح(٦٣١٨)،(٢٤٦٣/٦). وفي باب:

النذر فيما لا يملك وفي معصية. ح(٦٣٢٢)،(٢٤٦٤/٦). عن عائشة - رضي الله عنها- .

(٥) ينظر: الإحكام لابن حزم (٥ / ٥٩٨) ، المحلى (٤١٤/٨) .

(٦) إعلام الموقعين (٤٢٩/١) بتصرف يسير .

٤- قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : (أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه خصلة من النفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب، وإذا عاهد غدر، وإذا وعد أخلف، وإذا خاصم فجر)^(١)

وجه الدلالة: ذم إخلاف الوعد بعدّه خصلة من خصال النفاق، فأثبت ذلك أن وفاء العهد مأمور به كما سبق.

يعترض عليها: أن المقصود من الحديث إيضاح خصال النفاق، والتي فيها يظهر المرء غير ما يبطن، فلما كان من إذا عاهد غدر، وإذا خاصم فجر، وإذا وعد أخلف، وإذا اتّمن خان، يسرّ خلاف ما يظهر، ويقول ما لا يفعل، كان ذلك منهم نفاقاً، وكانوا بذلك منافقين لا كافرين، وهذا المقصود من الحديث فلا وجه في كونه مثبتاً أن العهود واجب الوفاء بها^(٢).

يجاب عنه: أنه لا يتعارض كون خصال النفاق ليست كفراً، مع إثبات ذم إخلاف الوعد، والأمر بالوفاء به.

٥- قال رسول الله -صلى الله عليه وسلم- : (إذا جمع الله الأولين والآخرين يوم القيامة رفع لكل غادر لواء، فليل هذه غدرة فلان ابن فلان)^(٣).

وجه الدلالة: ذم الغدر بالعهد، وفضح من يغدر أمام الخلائق برفع لواء يعرف به يوم القيامة يدل على التشديد على كل من غدر ولم يفي بعهده.

يعترض عليه: "وإنما ذلك كله فيمن عاهد على حق واجب عهداً أمر الله تعالى به، نصّاً في القرآن، أو على لسان رسوله صلى الله عليه وسلم ثم غدر، فهذا عظيم جداً، وكذلك من وعد بأداء دين واجب عليه، وأداء أمانة قبله، ثم أخلف فهي معصية نعوذ بالله تعالى منها، وليس كذلك من عاهد أو وعد على معصية أو بمعصية"^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: علامات المنافق. ح(٣٤)، (١٥/١). وفي كتاب: المظالم. باب:

إذا خاصم فجر. ح(٢٤٥٩)، (١٧٢/٣). ومسلم في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: بيان خصال المنافق. ح(٢١٩)،

(٥٦/١). عن عبد الله بن عمرو بن العاص -رضي الله عنهما-.

(٢) ينظر: الإحكام لابن حزم (٥ / ٦٠٥).

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الجهاد والسير. باب: تحريم الغدر. ح(٤٦٢٧)، (١٤١/٥). عن ابن

عمر -رضي الله عنه-.

(٤) الإحكام لابن حزم (٥ / ٦٠٦).

٦- دليل الاستصحاب:

"أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية، والأصل فيها عدم التحريم فيستصحب عدم التحريم فيها حتى يدل دليل على التحريم ؛ كما أن الأعيان الأصل فيها عدم التحريم.

وقوله تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرَرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾ [الأنعام:

١١٩] عام في الأعيان والأفعال وإذا لم تكن حراماً لم تكن فاسدة لأن الفساد إنما ينشأ من التحريم وإذا لم تكن فاسدة كانت صحيحة.

وأيضاً، فليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط، إلا ما ثبت حله بعينه، وسنبين إن شاء الله معني حديث عائشة، وأن انتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم. فثبت بالاستصحاب العقلي وانتفاء الدليل الشرعي عدم التحريم، فيكون فعلها إما حلالاً، وإما عفواً؛ كالأعيان التي لم تحرم" (١).

٧- دليل الاستقراء:

استقراء جنس الوفاء ورعاية العهد في الكتاب والسنة يدل على أنه مأمور به ، وجنس نقض العهد والخيانة منهي عنه مع التشديد على من يفعله فعلم أن الأصل صحة العقود والشروط ووجوب الوفاء بهما (٢).

٨- دليل عقلي:

"أنه ليس في الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما ثبت حله بعينه وانتفاء دليل التحريم دليل على عدم التحريم.

يعترض عليه: "العقود تغير ما كان مشروعاً ؛ لأن ملك البضع أو المال إذا كان ثابتاً على حال، فعقد عقداً أزاله عن تلك الحال، فقد غير ما كان مشروعاً بخلاف الأعيان التي لم تحرم ؛ فإنه لا تغير إباحتها" (٣).

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص (٢٢٢) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٥٠/٢٩) .

(٢) ينظر: مجموع الفتاوى (١٤٦/٢٩) .

(٣) المرجع السابق (١٤٦/ ٢٩) .

يجاب عنه: "لا فرق بينهما ؛ لأن الأعيان إما أن تكون ملكاً لشخص ، أو لا تكون ، فإن كانت ملكاً فانتقلها بالبيع لا يغيرها ، وهو من باب العقود ، وإن لم تكن ملكاً فملكها بالاستيلاء ونحوه وهو فعل من الأفعال مغير لحكمها بمقتلة العقود" (١).

القول الثاني: الأصل فيها الحظر حتى يرد الدليل على الإباحة.

وهذا قول الظاهرية (٢).

أدلتهم:

١- قال تعالى: ﴿الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ﴾ [المائدة: ٣] ، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [البقرة ٢٢٩] ، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُهِينٌ﴾ [النساء: ١٤]

وجه الدلالة: أن الشروط والعقود التي لم تشرع تعد لحدود الله وزيادة في الدين ومعصية ، ومن عقد على معصية لحقه الوعيد الوارد في الآية ، وكل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل ، والباطل محرم ، فلا يحل الوفاء به ، فدل على أن الأصل فيها الحظر (٣).

يعترض عليه: إن تعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله ، أو إباحة ما حرمه ، أو إسقاط ما أوجبه ، لا إباحة ما سكت عنه وعفا عنه ، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده ، وليست الإباحة زيادة في الدين لورود الأدلة الشرعية التي تثبتها (٤) .

(١) المرجع السابق (١٤٦/٢٩) .

(٢) ينظر: الإحكام لابن حزم (١٥/٥) ، المحلى (٣١٩/٧) .

و الظاهرية : هم أتباع داود علي الظاهري ، ومذهبهم يعتمد على الكتاب والسنة والإجماع فقط ، ومنع أن يكون القياس أصلاً من الأصول ، وهذا فيه خلاف لما مضى عليه العمل عند الصحابة والسلف ، وقال إمام الحرمين : إن المحققين لا يقيمون للظاهرية وزناً وخلافهم لا يعتبر ، وذلك لجمودهم على ظواهر النصوص دون المعاني والحكم .

ينظر: الفكر السامي (٣٠/٣) ، الملل والنحل (٢٤٣/١)

(٣) ينظر: المحلى (١٥/٥) ، القواعد النورانية ص (٢١٠) ، مجموع الفتاوى (١٣٢/٢٩) .

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٤٢٩/١) .

٢-حديث: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) وقوله: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد) (١).

وجه الدلالة: دل الحديث على بطلان كل شرط أو عقد لم يشرع بنص أو إجماع ؛ لأن تعاقد الناس ، أو اشتراطهم بما لم يرد في الشريعة فيه تحليل أو تحريم غير ما شرع الله ، وليس هذا لأحد من البشر ، فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما ورد النص أو الإجماع بإباحته (٢).

٣-دليل عقلي:

"كل شرط أو عقد ليس في النصوص إيجابه ولا الإذن فيه فإنه لا يخلو من أحد وجوه أربعة: إما أن يكون صاحبه قد التزم فيه إباحة ما حرم الله ورسوله ، أو تحريم ما أباحه ، أو إسقاط ما أوجبه ، أو إيجاب ما أسقطه ، ولا خامس لهذه الأقسام البتة. فإن ملكت المشترط والمعاهد والمعاهد جميع ذلك انسلختم من الدين ، وإن ملكتموه البعض دون البعض تناقضتم ، وسألناكم ما الفرق بين ما يملكه من ذلك وما لا يملكه ولن تجدوا إليه سبيلاً" (٣).

يعترض عليه: "قد فاتكم قسم خامس: وهو ما أباح الله سبحانه للمكلف تنويع أحكامه بالأسباب التي ملكه إياها، فيباشر من الأسباب ما يحل له بعد أن كان حراماً عليه، أو يحرمه عليه بعد أن كان حلالاً له، أو يوجبه بعد أن لم يكن واجباً، أو يسقط وجوبه بعد وجوبه، وليس في ذلك تغيير لأحكامه، بل كل ذلك من أحكامه، وإنما إلى العبد الأسباب المقتضية لتلك الأحكام ليس إلا" (٤).

هـ - علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

لا شك أن العقود المالية المستجدة هي عقود نازلة حادثة ، لم يرد في حكمها نص صريح ، ولا دليل معتبر واضح ، فهي من المسكوت عنه مما يكون الحكم فيه عائد إلى اعتبار الأصل في الأشياء وفي المعاملات إن لم يتقرر فيها بعد البحث عن تكييفها الفقهي وتحقيق مناطها

(١) أخرجهما مسلم في صحيحه، كتاب: الأقضية. باب: نقض الأحكام الباطلة، ورد محدثات الأمور. ح (٤٥٨٩-٤٥٩٠).

(٢) (١٣٢/٥)، عن أم المؤمنين عائشة - رضي الله عنها -.

(٣) ينظر: الإحكام لابن حزم (٦٠٧/٥) .

(٤) إعلام الموقعين (٤٢٨/١) ، ينظر: الإحكام لابن حزم (٥٩٩/٥ ، ٦٠٠) .

(٤) إعلام الموقعين (٤٣٠/١) .

مخالفة لشيء مما نهي عنه الشارع ، فإن اعتبرت القول القائل بأن الأصل فيها على الإباحة حكمت على هذا العقد المستجد بإباحته بناء على هذه القاعدة ، وإن اعتبرت قول القائل بأن الأصل فيها التحريم حكمت عليه بالتحريم.

فمثلاً : مما استجد في زماننا عقد الإعلان في الصحف أو غيرها من وسائل الإعلام فهو عقد يتم بمقتضاه الاتفاق بين طرفين أحدهما يريد للإعلان عن غرض ما ، والثاني ممثل الصحيفة أو غيرها من وسائل النشر التي تتولى نشر الإعلان ، ويتم تحديد الأجر على حسب حجم الإعلان وموضعه وعدد أيام نشره ، وأنشئت لمثل هذا النوع من العقود شركات تتولى القيام بهذه المهمة ، فهذا عقدٌ مستجد، مسكوتٌ عن حكمه ، لم يتبين فيه محذور شرعي نهي عنه الشارع ، فبإعمال هذه القاعدة تكون الإباحة هي الحكم إن اعتبرنا أنها الأصل ، أو التحريم إن اعتبرنا أنه الأصل .

كذلك شركات المساهمة التي تقوم على الأنشطة المباحة شرعاً ، من قال بإباحتها استند على قاعدة الأصل في المعاملات الإباحة ؛ ولأن الأسس التي تنبني عليها هذه الشركات لا تختلف عن الأسس التي وضعتها الشريعة للمشاركات ^(١) .

ومن هنا تتبين الصلة الوثيقة بين القاعدة وبين العقود التي لا زالت تستجد علينا من زمنٍ لآخر .

^(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، ص

المطلب الثاني

قاعدة: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب

أ-التعريف بالقاعدة:

هذه القاعدة من القواعد التي تتفرع على قاعدة (الوسائل لها أحكام المقاصد) ، فوسيلة الواجب واجبة، و وسيلة المحرم محرمة ، و ما لا يتم اجتناب المحرم إلا باجتنابه فتركه واجب ، أو ما أدى إلى الحرام فهو حرام وهي خاصة بجانب الترك.

" فإذا لم يمكن الكف عن المحذور إلا بالكف عما ليس بمحذور، كما إذا اختلط بالطاهر النجس كالدم والبول يقع في الماء القليل أو الحلال بالحرام، فإما أن يختلط ويمتزج بحيث يتعذر التمييز، فيجب الكف عن استعماله، ويحكم بتحريم الكل"^(١)

و أما إذا لم يختلط بدخول أجزاء البعض في البعض فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يجب فيه الكف عن الكل، كالمراة التي هي حلال تختلط بالحرمت، والمطلقة بغير المطلقة، و المذكاة بالميتة، فيحرم إحداها بالأصالة وهي الحرمة والأجنبية والميتة، والأخرى بعارض الاشتباه وهي الزوجة، و المذكاة؛ لأن المحرم بالأصالة يجب اجتنابه ولا يتم اجتنابه إلا باجتناب ما اشتبه به، وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وقيل: تباح المذكاة والأجنبية ولكن يجب الكف عنهما.

قال الغزالي^(٢) -رحمه الله-: " وأما توهم هذا من ظن أن الحل والحرمة وصف ذاتي لهما أي: قائم بذاتهما، كالسواد والبياض بالأسود والأبيض، وليس كذلك بل الحل والحرمة متعلقان بالفعل، وهما الإذن في الفعل ووجوب الكف، وحينئذ يتحقق التناقض، وقد يقال: إن مراد

(١) التلخيص ص (٤٤) ، ينظر: القواطع ص (٨٧) .

(٢) محمد بن محمد بن محمد بن أحمد الغزالي الطوسي الشافعي ، أبو حامد ، الملقب بحجة الإسلام ، توفي أبوه وهو طفل صغير ، قرأ في صباه طرفاً من الفقه على أحمد بن محمد الرازكاني ، ودرس على إمام الحرمين الجويني في نيسابور وفيها ابتدأ حياة التأليف والكتابة ، واشتهرت مؤلفاته شهرة كبيرة منها " المستصفى " في علم الأصول ، و " المنحول " كذلك ، و " الوسيط " و " الوجيز " و " الخلاصة " في الفقه و " إحياء علوم الدين " و " تهافت الفلاسفة " وغيرها، توفي سنة ٥٠٥هـ .

ينظر : طبقات الشافعية للسبكي (١٩١/٦) وما بعدها ، وفيات الأعيان (١٥٣/٣) ، شذرات الذهب (١٠/٤) .

هذا القائل أن تحريم الأجنبية و المذكاة بعارض الاشتباه، وهما في نفس الأمر مباحتان، فالخلاف إذن لفظي" (١) .

الثاني: ما يسقط فيه حكم التحريم، كما إذا اختلطت محرم بنساء بلدة عظيمة، فيجعل كالعدم، ويباح له نكاح أي امرأة أراد.

الثالث: ما يتحرى فيه، كالثياب والأواني" (٢) .

أنواع (ما لا يتم ترك الحرام إلا به):

ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه يدخل فيه نوعان:

النوع الأول:

ما كان وسيلة لترك المحرم فيتوقف عليه ترك المحرم إما شرعاً أو عقلاً أو عادةً، وهذا النوع يشمل عدة صور منها:

"١- ما كان من أجزاء المحرم، وهو يعطى حكم الكل في التحريم، وهذا محل اتفاق، وعللوا لهذا بأن النهي عن الماهية فهي مركب عن جميع أجزائها؛ مثاله: الزنى فإن النهي عنه فهي عن أجزائها، وهي الإيلاجات و الإخراجات، ولا فرق بين أن يقول: لا تزن، وبين أن يقول: لا تولج ولا تخرج. ، بدليل قوله - صلى الله عليه وسلم -: (فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) (٣)، والذي لا يترك جزء الشيء المنهي عنه لا يصدق عليه أنه مُنْتَهَى.

٢- ما كان من شروط المحرم وأسبابه.

فالسبب الشرعي مثل: العقد على المحرم؛ فإنه سبب في الوطء .

والشرط الشرعي مثل: الشهادة في العقد على المحرم .

والسبب العقلي مثل: الخطبة؛ فإنها سبب في نكاح المحرم

والشرط العقلي مثل: انتصاب الذكر؛ فإنه شرط للوطء في الزنا .

والسبب العادي مثل: إظهار الزينة والمفاتن من المرأة أمام الرجال الأجانب؛ فإنه سبب لوقوع

(١) المستصفى (٢٥٠/٢) .

(٢) البحر المحيط في أصول الفقه (٢٠٧/١، ٢٠٨) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة. ح(٦٨٥٨)، (٢٦٥٨/٢). و مسلم في

صحيحه، كتاب: الفضائل. باب: توقيره - صلى الله عليه وسلم - وترك إكثار سؤاله مما لا ضرورة إليه . ح(

٦٢٥٩)، (٩١/٧). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - .

الفاحشة عادة ، ومقدمات الوطء من القبلة ونحوها ؛ فإنها سبب في الوطء عادة ، وعصر العنب وتخليله سبب في حصول الخمر عادة .

والشرط العادي مثل: هتك الحرز ؛ فإنه شرط للسرقة عادة .

وهي تعطى حكم الشيء المحرم سواء كانت هذه الأسباب والشروط شرعية أو عقلية أو عادية .

مثاله: العقد على المحرم ؛ فإنه سبب في الوطء ، وهو منهي عنه كان العقد الذي هو سبب إليه منهياً عنه ، وكذلك مقدمات الوطء من القبلة ونحوها ، والشهادة شرط للنكاح فإذا عقد على محرم وهو منهي عنه فالشهادة على العقد منهي عنه.

النوع الثاني:

ما كان وسيلة للعلم بترك المحرم وهو من ضرورات المحرم ، وهذا النوع له صورتان:

١- أن يحصل الشك في تحقق ترك الشيء المحرم بسبب الاشتباه في الشيء المحرم ؛ وذلك كما إذا اختلط المحرم بالحلال وعسر التمييز فإن العلم بترك المحرم واجتنابه لا يتم إلا بترك هذا المختلط ، كما إذا اختلطت أخته بأجنبيات في بلدة صغيرة حرم عليه نكاحهن ، وإن كنا نعلم أن نكاح الأجنبيات ليس بحرام ، لكن لما اختلطت بمن الأخت ، وعسر التمييز كان تحريم الأجنبيات من ضرورات تحريم نكاح الأخت ، ولهذا لو تعينت حرم نكاحها على الخصوص.

٢- أن يتعلق ترك الشيء المحرم بشيء غير متميز حساً وذلك كتعلق ترك التطهر بالنجس بترك التطهر بالماء الطاهر المختلط بالنجس فإن العلم بتحقيق ترك التطهر بالماء النجس لا يتم إلا بترك التطهر بالماءين لاختلاطهما وعدم تمييزهما .

ما يتوقف عليه العلم بتحقيق ترك المحرم فإنه يأخذ حكم المحرم نفسه وتقدمت أمثله في النوع الثاني وهو الذي ذكرناه سابقاً وهو ما كان وسيلة لترك المحرم وبيننا أمثله هناك^(١).

(١) ينظر: البحر المحيط (٢٠٦/١) ، المستصفى (٢٣٤/١) ، نهاية السؤل (١٠٨/١) ، الإبهام (٢٢٠/١) ، جمع الجوامع مع شرح المحلى (٣١٦/١) ، البحر المحيط (٣٣٩/١) ، شرح العضد على مختصر المنتهى ص (٨٢) ، التمهيد في تخريج الفروع ص (١٤٣) ، المذكرة شرح روضة الناظر ص (٤٠) .

ب- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

غالب العقود المستجدة في هذا الزمن ، متداخلة ومتشعبة ، يدخل فيها في العقد الواحد أكثر من عقد ، وأصبح يتلو بعضها بعضاً ، ودخل في بعضها كثيراً مما يشتبه في حرمة ، مما جعل المسلم الذي يحتاط لدينه في حيرة من أمره ، فبعض المعاملات يشتبه دخول الربا فيها ، أو المقامرة ، وبعضها يشتبه دخولها تحت أنواع من البيوع المنهي عنها ، مما يوجب على الناظر فيها التحري في أعمال هذه القاعدة ، وتحقيق مناط العقد المستجد ليستين الحرام من الحلال .

المبحث الثاني
القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم الوضعي

المطلب الأول : قاعدة: الباطل والفساد

المطلب الأول

قاعدة: الباطل والفساد

أ-التعريف بالقاعدة: الصحة والبطان والفساد أحكام شرعية من أنواع خطاب الوضع^(١)، والبطان والفساد نقيضا للصحة^(٢)، والخلاف في معناهما مبني على الخلاف الوارد في معنى الصحة فهما نقيضها وبها يعرفان. فحديث الأصوليين عن هذه التعريفات غالباً بإطلاقين: ^(٣) أولاً: في العبادات:

أما الصحة فتعريفها في العبادات عندهم فيه خلاف: فهي عند المتكلمين: موافقة أمر الشارع في ظن المكلف لا في نفس الأمر^(٤)، "فكل من أمر بعبادة توافق الأمر بفعلها كان قد أتى بها

(١) قيل: إن الصحة ليست حكماً شرعياً، بل هي موافقة ومطابقة للحكم الشرعي ولازمه، حيث إن الصحة ليست ترتب الأثر بل كونها بحيث يترتب الأثر عليها، أي وقوعه على وجه مخصوص، وهذا أمر عقلي ونسبة بين الفعل الواقع والأمر، وتسميتها حكماً مجاز، وقد ذكر ذلك ابن دقيق العيد عن جده المعروف بالمقترح، ووافقه ابن الحاجب، وابن التلمساني، واعترض عليهم: أن العقلي ما لا دخل للشرع فيه، وهذا للشرع فيه مدخل. ينظر: المستصفى (١/ ٢٢٤)، البحر المحيط (١/ ٢٥٠، ٢٥١)، مجموع المذهب (١/ ٣٤٩)، الإجماع (١/ ٦٩).

(٢) ينظر: المجموع المذهب (١/ ٣٥٠)، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (٢/ ١٩).
(٣) من الأصوليين من عرف الصحة بتعريف واحد في العبادات وفي المعاملات، وقد تعددت عباراتهم في ذلك: فقيل: الصحة هي استتباع الغاية بمعنى أن الفعل الصحيح هو ما ترتبت عليه غايته. وقيل: ترتب المقصود من الفعل عليه، أي صلاحيته لترتب آثاره عليه؛ كالمملك مع البيع، والحل في النكاح، وسقوط القضاء مع الصلاة. ينظر: شرح منهاج الأصول (١/ ٦٩)، تيسير التحرير (٢/ ٢٣٥)، البحر المحيط (١/ ٢٥٣).

وقيل: "كون الفعل مستجمعاً لجميع أركانه وشروطه، مع القدرة عليها" المجموع المذهب (١/ ٣٥٠).
وقيل: "موافقة الفعل ذي الوجهين لأمر الشرع" ينظر: شرح مراقبي السعود (١/ ٣٩).
وقيل: الصحة مطلقاً ترتب الأثر المطلوب من الفعل عليه، وهذا في التحرير عند المرداوي ينظر: روضة الناظر وشرحها (١/ ١٦٤، ١٦٥).
(٤) البحر المحيط (١/ ٢٥١)، مجموع المذهب (١/ ٣٤٩)، ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٦٦)، المعتمد (١/ ١٧١)، الذخيرة (١/ ٦٨).

صحيحة وإن اختل شرط من شروطها ، أو وجد مانع" ^(١)، وعند الفقهاء: كون الفعل مسقطاً للقضاء ^(٢)، ^(٣).

فعلى هذا يقصد بالبطلان والفساد في العبادات عند الفقهاء: كون الفعل لا يسقط القضاء ، وعند المتكلمين: عدم موافقة أمر الشارع ^(٤). فهما مترادفان معنى ، فتعريف المتكلمين أعم من تعريف الفقهاء ؛ لأن كل صحة هي موافقة للأمر وليس كل موافقة للأمر صحة ^(٥).

ثانياً: في المعاملات:

أما الصحة في المعاملات فاختلفت عباراتهم والمعنى واحد، فصحة العقد عند المتكلمين: هو كل عقد ترتب أثره المقصود منه شرعاً عليه ^(٦)، وعند الفقهاء: ما كان مشروعاً بأصله ووصفه ^(٧).

فالعقد لم يوضع إلا لإفادة مقصوده، وأثر كل عقد على حسبه، فأثر البيع وقصده ملك المبيع ، و المكنة من الانتفاع به والتصرف فيه، وأثر الإجارة التمكن من الانتفاع، وفي القراض عدم الضمان ، واستحقاق الربح ، و في الرهن حفظ الحق ، وفي النكاح ملك البضع ، والتمكن

-
- (١) البحر المحيط (٢٥١/١) ، ينظر: روضة الناظر وشرحها (١٦٥/١) .
- (٢) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٦٦) ، روضة الناظر (١٦٥/١) ، وتيسير التحرير (٢٣٥/٢) ، البحر المحيط (٢٥١/١ ، ٢٥٧) ، مجموع المذهب (٣٤٩/١) .
- (٣) ثمرة الخلاف تظهر في صلاة من ظن أنه متطهر ثم تبين له خلاف ظنه ، فعلى قول المتكلمين صلاته صحيحة، وعلى قول الفقهاء فاسدة ؛ لكن كلا الفريقين اتفقا على وجوب القضاء عليه إذا تبين له أنه محدث ، ولا يجب عليه القضاء إذا لم يطلع على الحدث ، وذلك عند المتكلمين لكونها باطلة بالمخالفة، وعند الفقهاء لفوات شرط العلم بوجود الطهارة، فالخلاف بينهم في تسمية الصلاة بالصحة أو الفساد والبطلان. فالخلاف لفظي "لاتفاقهم على سائر أحكامها" ينظر: المستصفى (٩٥/١) ، شرح تنقيح الفصول ص (٦٧) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٨٦/١) ، شرح الكوكب المنير (٤٦٥/١) ، التوضيح شرح التنقيح ص (٦٧) ، نزهة الخاطر العاطر (١٦٥/١) ، البحر المحيط (٢٥٢/١) ، المجموع المذهب (٣٤٩/١ ، ٣٥٠) .
- (٤) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٦٦) ، البحر المحيط (٢٥٧/١) .
- (٥) ينظر: البحر المحيط (٢٥١/١) ، روضة الناظر وشرحها (١٦٥/١) .
- (٦) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٦٦) ، والمستصفى (٢٦٢/١ ، ٢٦٣) ، ونفائس الأصول (١١٤/١) ، (١١٥) ، وشرح المنهاج (٦٩/١) ، تقريب الوصول (٢٣٣-٢٣٥) .
- (٧) المراد بالأصل: الصيغة والعاقدان والمعقود عليه ، والمراد بالوصف: ماعدا ذلك، فكل ما أورث خللاً في ركن البيع فهو مبطل وما أورثه في غيره فهو مفسد) ، ينظر: البناية في شرح الهداية (١٨٨/٧) ، شرح التلويح على التوضيح (١٢٣/٢) ، البحر الرائق (١١٣/٦) .

من الوطء والتمتع بالمنكوحه، فإذا أفاد العقد مقصوده فترتب حكمه عليه فهو صحيح لأن العقد مؤثر لحكمه وموجب له ^(١)، ^(٢).

أما بطلان العقد وفساده في المعاملات فهو موطن الخلاف المقصود في هذه القاعدة، وفيه مذهبان:

أولاً: مذهب جمهور الأصوليين على الترادف بينهما، فهما عندهم بمعنى واحد يدل على عدم صحة العقد، فكل عقد لم يترتب أثره المقصود منه شرعاً عليه اعتبر باطلاً فاسداً، سواء كان ورد الخلل في أصله أو وصفه ^(٣).

ثانياً: مذهب الحنفية القول: بعدم الترادف بينهما، فالبطلان عندهم غير الفساد ^(٤)، الباطل من العقود: ما لم يكن مشروعاً بأصله ووصفه ^(٥).

ومن أمثله: بيع الملاحيح- وهي ما في بطون الأمهات-، والمضامين- وهي ما في أصلاب الفحول- وذلك بأن يقول الرجل: بعثك ولد هذه الناقة، أو الحمل، فهذا عقد باطل لأن المعقود عليه غير مقدور على تسليمه في الحال فكان بمثابة المعدوم، وكذلك بيع المجنون، فهو باطل؛ لانعدام أهلية البائع، وبيع الخمر لكون المبيع محرماً ^(٦)، فمثل هذه العقود باطلة بأصلها، ولا سبيل إلى تصحيحها.

^(١) ينظر: البحر المحيط (٢٥١/١)، روضة الناظر وشرحها (١٦٦/١).

^(٢) وليس المراد أنه كلما وجدت الصحة وجدت ثمره العقد؛ لأن بيع الخيار صحيح ولا ينشأ عنه قبل تمام عقده أثر، وليس ذلك لعدم صحته بل لمانع وهو عدم اللزوم، فإن قيل: الخلع والكتابة الفاسدان مثلاً يترتب عليهما أثرهما من البينة في الأول والعق في الثاني، فالجواب: أن ترتب أثرهما ليس للعقد بل للتعليق، وهو صحيح لا خلل فيه" شرح مراقي السعود (٣٦/١)، ينظر: المجموع المذهب (٣٥٠/١).

^(٣) ينظر: البحر المحيط (٢٥٧/١)، المجموع المذهب (٣٥١/١).

^(٤) فقد أجمعوا على جريان هذه المرتبة في أحكام المعاملات واختلفوا في جريانها في أحكام العبادات والأنكحة.

ينظر: شرح العنبد (٧/٢)، تيسير التحرير (٢٣٦/٢)، شرح تنقيح الفصول ص (٧٧)، المحلى على جمع الجوامع (١٠٦/١)، نهاية السؤل (٧٥/١)، التمهيد ص (٨)، المسودة ص (٨٠)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٣١/١).

^(٥) ينظر: كشف الأسرار البزدوي (٢٥٩/١).

^(٦) ينظر: تيسير التحرير (٢٣٦/٢)، كشف الأسرار للبزدوي (٣٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧)، وفواتح الرحموت (١٢٢/١)، ميزان الأصول ص (٣٩)، المجموع المذهب (٣٥١/١).

أما الفاسد: فما كان مشروعاً بأصله دون وصفه ^(١).

ومثاله البيع الربوي: كبيع الدرهم بالدرهمين، فأصل العقد هنا معاوضة مال بمال، وهو بيع صحيح لم يتطرق الخلل فيه إلى ركنه ولا لأهله ولا لخله، ولكن فساد العقد بسبب وجود وصف عارض، وهو الفضل الزائد الخالي عن العوض، وكذلك البيع بثمن مجهول؛ فإنه مشروع بأصله، وليس مشروعاً بوصفه المتمثل في الجهل بالثمن ^(٢).

والفرق بين حكمهما عند الحنفية: أن الباطل لا يشرع بالكلية، أما الفاسد فهو صحيح في أصله لكن لورود الخلل عليه في وصف من أوصافه يأثم به، ويفيد بالقبض الملك الخبيث ^(٣). وبناء على هذا التغير عندهم أصبح للعقد الفاسد أحكامه الخاصة التي تختلف عن أحكام العقد الصحيح والعقد الباطل، فالفساد مرتبة وسط بينهما ^(٤)، ^(٥).

فالعقد الفاسد عندهم عقد يلحق بالإثم فيه العاقدان، ويحرم عليهما حتى يزال الوصف الفاسد، فهو مطلوب فسخه مع كونه مشروعاً؛ لأن الفساد الذي فيه يفيد ملكاً خبيثاً؛ لأنه منهي عنه فكان لكل من العاقدان حق فسخ العقد ^(٦)، ويشترط في الفسخ: علم المتعاقد الآخر، وكون المعقود عليه قائماً في يد أحدهما، وأن لا يعرض له ما يتعذر به الرد ^(٧)، ويمكن تصحيحه بحيث يترتب عليه أثره

^(١) ينظر: كشف أسرار البزدوي (٢٥٩/١).

^(٢) ينظر: بذل النظر في الأصول ص (١٤٩)، وجامع الأسرار شرح المنار ص (٢٥٦)، المجموع المذهب (٣٥١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧)، كشف الأسرار للبزدوي (٢٥٩/١)، أصول السرخسي (٦٣/١).

^(٣) ينظر: تيسير التحرير (٢٣٦/٢)، كشف الأسرار للبزدوي (٣٨١/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧)، ميزان الأصول ص (٣٧)، فواتح الرحموت (١٢٢/١)، أصول الشاشي ص (١٦٨)، المغني للخبازي (٧٦)، تيسير التحرير (٢٣٦/٢)، التمهيد للإسنوي ص (٥٩)، شرح روضة الناظر (١٦٧، ١٦٦).

^(٤) ينظر: البحر المحيط (٢٥٧/١)، بيان المختصر لابن الحاجب (٤١٠/١).

^(٥) وهذا التقسيم لهذه المراتب متفق عليه بين علماء الحنفية، لكنهم اختلفوا في حدود جريانه، فمنهم من جعله عاماً في الأنكحة وعقود البيع وما شاكلها كالإجارة والشركة، ومنهم من جعله قاصر على عقود البيع والعقود المشاكلة لها فقط مستثنياً بذلك عقد النكاح ففساده باطل وباطله فاسد.

^(٦) ينظر: الاختيار لتعليل المختار (٢٢/٢)، بدائع الصنائع (٣٠٠/٥)، فتح القدير (٤٠١/٦)، الأشباه والنظائر لابن نجيم (٣٣٧)، تيسير التحرير (٢٣٦/٢)، أصول السرخسي (١٠٦/١)، جامع الأسرار شرح المنار للكاكي (٢٦٥/١)، بذل النظر في الأصول ص (١٤٩)، أصول الشاشي ص (١٢٤).

^(٧) ينظر: بدائع الصنائع (٣٠٠/٥).

كالصحيح ؛ وذلك بإزالة الفساد إذا كان الفساد ضعيفاً ، وهو ما لا يدخل في صلب العقد ، كما في البيع بشرط خيار لم يؤقت ، أو وُقِّت إلى وقت مجهول كالحصاد ، وكالبيع بثمن مؤجل بأجل مجهول ففي مثل هذه الحالة إذا أسقط الأجل من له الحق فيه قبل حلوله ، وقبل فسخه جاز المبيع لزوال المفسد ، ولو كان إسقاط الأجل بعد الافتراق ^(١) ، ولا يتم انتقال الملك فيه وإمكان التصرف في المبيع إلا بعد القبض وإذن البائع ^(٢) . أما إذا هلك فيه المبيع وهو في يد المشتري فعليه ضمان ما أهلكه برده إذا كان مثلياً ، ورد قيمته إن كان قيميّاً ، ويثبت فيه الخيار ^(٣) .

ب- تحرير محل النزاع:

أما الفرق بين الفاسد والباطل فتحرير محل النزاع في المسألة ، يكون من خلال النقاط التالية:

١- اتفق الأصوليون على أن الفاسد مرادف للباطل في باب العبادات ، وفي عقد النكاح من المعاملات ، وعلى هذا فكل عبادة فاسدة ، فهي باطلة ولا فرق ، وإنما وقع النزاع في تحديد معنى الفاسد والباطل في باب المعاملات ^(٤) .

٢- لا خلاف بين العلماء في التفرقة بين الفاسد والباطل في الحج ، والكتابة ، والخلع والعارية . وسبب هذه التفرقة هو قيام الدليل على ذلك ^(٥) .

فالحج: يبطل بالردة ، ويفسد بالجماع فيه ، وفاسد الحج يجب المضي فيه وقضاؤه ، والباطل بخلاف ذلك .

وأما **الخلع والكتابة:** فباطلها ما كان على غير عوض مقصوداً شرعاً كالمتة ، أو رجع الخل إلى العاقد ككونه صغيراً أو سفيهاً ، والفساد بخلاف ذلك . والفرق بينهما أن الفاسد يترتب عليه العتق والطلاق ، ويرجع الزوج بالمهر والسيد بالقيمة ، بخلاف الباطل فإنه لا يترتب عليه مال ^(٦) .

(١) ينظر: رد المختار على الدر المختار (٦١/٥) .

(٢) ينظر: البحر المحيط (٢٥٧/١) ، رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب (١٩/٢) ، حاشية ابن عابدين (٩٠/٥) ، الهداية (٥٦/٣) ، بدائع الصنائع (٣٠٤/٥) ، تيسير التحرير (٢٣٦/٢) ، أصول السرخسي (١٠٦/١) ، وجامع الأسرار شرح المنار (٢٦٥/١) ، بذل النظر في الأصول ص (١٤٩) ، أصول الشاشي ص (١٢٤) .

(٣) ينظر: حاشية در المختار (٩٠/٥) ، المجموع المذهب (٣٥١/١) .

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧) ، تقريب الوصول ص (٢٣٥) .

(٥) ينظر: مناهج العقول (٧٩/١) ، تشنيف المسامع (١٨٦/١) ، التمهيد ص (٦٠) ، البحر المحيط (٣٢١/١) ، شرح الكوكب المنير (٤٧٤/١) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٧٩) .

(٦) ينظر: التمهيد ص (٦٠) ، البحر المحيط (٣٢١/١) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٧٩) .

وأما العارية كإعارة الدراهم والدنانير، فقد وقع فيها خلاف، فإن أبطلناها فقد ذهب أهل العراق إلى أنها مضمونة؛ وذلك لأنها إعارة فاسدة، أما عند غيرهم فهي باطلة، ولا ضمان فيها^(١).

وقد اتفقوا على التفرقة بين الباطل والفساد في هذه الأمور، واختلّفوا فيما عداها فقال الجمهور: يتصور الفرق في كل عقد صحيح غير مضمون كالإجارة والهبة وغيرهما، ففساد كل عقد كصحيحه في الضمان وعدمه^(٢)، وقيل: يكون في إجارة فاسدة، وفي الشراء للقراض، ولو نكح بلا ولي^(٣)، والشركة، والوكالة^(٤)، والكفالة، والصلح، والرهن، والدّين^(٥)، ووضح السبكي^(٦) - رحمه الله - القاعدة في ذلك فقال: "ونحن لا نرتب على الفساد شيئاً من الأحكام الشرعية؛ لأنه غير مشروع لكن لنا قاعدة، هي إذا كان للفعل عموم وبطل الخصوص قد لا يعمل العموم، فالمسائل التي رتب الأصحاب عليها حكماً من العقود الفاسدة هي من هذا القبيل"^(٧).

وقد بين ابن اللحام^(٨) - رحمه الله - سبب تفريق الجمهور بين الباطل والفساد في مسائل (الحج، والكتابة، والخلع، والعارية) فقال: "قد ذكر أصحابنا مسائل فرقوا فيها بين الفساد والباطل ظن بعض المتأخرين أنها مخالفة للقاعدة وبيانه: أن الأصحاب إنما قالوا: البطلان والفساد مترادفان في مقابلة قول أبي حنيفة، فعندنا كل ما كان منهياً إما لعينه أو لوصفه ففساد وباطل، ولم يفرق الأصحاب في صورة من الصور بين الباطل والفساد، وإنما فرقوا بينهما في مسائل للدليل"^(٩)،

(١) ينظر: البحر المحيط (٣٢١/١). وعلق الزركشي على ذلك بقوله: "كذا حصرها جماعة في هذه الأربعة، وهو ممنوع؛ بل يجري ذلك في سائر العقود".

(٢) ينظر: التمهيد للإسنوي ص (٥٩).

(٣) ينظر: البحر المحيط (٢٥٩/١)، مجموع المذهب (٣٥١/١).

(٤) ينظر: المجموع المذهب (٣٥٥/١)، الأشباه للسيوطي ص (٤٧٩) القواعد لابن لحام ص (١٥٣).

(٥) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧).

(٦) سبق التعريف به، ص (٣٥).

(٧) البحر المحيط (٢٥٩/١).

(٨) هو: علي بن محمد بن عباس ابن اللحام، فقيه حنبلي، صنف كتباً منها: "القواعد الأصولية والاختبار العلمية في اختيارات الشيخ تقي الدين ابن تيمية"، وناب في الحكم بدمشق ثم توجه إلى مصر واستقر مدرسا في المنصورية إلى أن توفي عام ٨٠٣ هـ.

(٩) ينظر: القواعد الأصولية لابن لحام ص (١١٠).

وذكر المرداوي^(١) - رحمه الله - : "أن غالب المسائل التي حكم الجمهور عليها بالبطلان، هي ما كانت مجمعاً على بطلانها، أو كان الخلاف فيها شاذاً. وأما الفاسدة فهي ما كانت محل خلاف بين العلماء"^(٢).

١- أما الخلاف في العقود ، فalcقد إما أن يكون صحيحاً بأصله ووصفه، أو لا يكون صحيحاً لا بأصله ولا بوصفه، أو يكون صحيحاً بأصله دون وصفه أو العكس . فالأول صحيح بالاتفاق، والثاني باطل بالاتفاق ، وأما الثالث فهو محل خلاف بين العلماء ؛ هل يسمى فاسداً وباطلاً على حد سواء، أو أن هناك فرقاً بينهما^(٣) .

فمن قال بأن الخلاف في هذه المسألة خلاف لفظي لا ثمرة له، وهو لم ينتج عن اختلاف التسمية حيث إن الجمهور فرقوا بين الفاسد والباطل في بعض المواطن بناء على قيام الدليل عندهم على ذلك.

أما الحنفية ففرقوا بين ما كان باطلاً بأصله وما كان فاسداً بوصفه، فاعتدوا بالفاسد وبنوا عليه ثماراً فقهية بخلاف الباطل.^(٤) وذكر أن أصل التفريق عند الحنفية بناء على طريق الثبوت لا على متعلق النهي فقال: "فتخصيص أبو حنيفة - رحمه الله - اسم الباطل بما ثبت إلغاؤه شرعاً بدلالة قاطعة، واسم الفاسد بما ثبت إلغاؤه بدلالة ظنية . وهذا كمصيرهم إلى الفرق بين الواجب والفرض"^(٥).

إجمالاً فقد ثبت أن التفرقة بين القسمين في مسائل (الحج، والكتابة، والخلع، والعارية) متفق عليها، ولا نزاع على التسمية، وإنما وقع النزاع في الوصف المقارن إذا فسد، هل يلحق بفساد

(١) هو : علي بن سليمان بن أحمد المرداوي الدمشقي ، فقيه حنبلي ، من كتبه : " الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف " و " التنقيح المشيع في تحرير أحكام المقنع " و " تحرير المنقول " في أصول الفقه، وشرح " التحرير في شرح التحرير "، توفي عام ٨٨٥ هـ . ينظر : الأعلام (٢٩٢/٤) .

(٢) التحرير شرح التحرير (١١١١ / ٣) ، ينظر: شرح الكوكب المنير (٤٧٤/١) ، المدخل إلى أصول مذهب الإمام أحمد ص (١٦٥) ، القواعد والفوائد الأصولية ص (١١٢) .

(٣) ينظر: البحر المحيط (٣٢٢/١) .

(٤) ينظر: المذكرة شرح روضة الناظر (١٦٧/١) ، تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٥٣) ، قواعد الأصول ومعاقد الفصول ص ٣٦ .

(٥) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٥٣) ، ينظر: قواعد الأصول ومعاقد الفصول ص (٣٦) .

الأصل في سائر أحكامه وآثاره أم لا؟^(١).

ويعود الخلاف في هذه القاعدة للاختلاف بين الجمهور والحنفية في قاعدة: هل النهي يقتضي الفساد؟، وذلك أن النهي عند الحنفية يقتضي قبح المنهي عنه، والمنهي عنه في القبح ينقسم قسمين: ما قبح لعينه، وما قبح لغيره، وما قبح لعينه نوعان؛ قبيح وضعاً، أي: دل على قبحه أصل وضعه لغةً، كالكفر والظلم، وقبيح شرعاً، أي: دل على قبحه الشرع، كبيع الحر، وأما القبيح لغيره فهو نوعان أيضاً: قبيح وصفاً، وقبيح مجاورة، ومثال الأول: النهي عن صيام يوم النحر، فأصل الصوم مشروع، ولكن نهي عن صوم يوم النحر باعتبار وصفه، وهو أنه يوم عيد وضيافة، وفي صومه إعراض عن ضيافة الرحمن جل جلاله، ومثال الثاني: النهي عن البيع وقت النداء، فأصل البيع مشروع، ولكن نهي عنه وقت النداء لمعنى مجاور له، وهو ترك السعي الواجب إلى الصلاة، والنهي عموماً قد يقع عن الأمور الحسية، وهي ما يتوقف تحققها على الحس كالزنا والقتل وشرب الخمر. وقد يقع عن الأمور الشرعية، وهي ما يتوقف تحققها على الشرع، كالصوم، والصلاة، والبيع، والإجارة، ونحو ذلك.

فحكم الأول أنه قبيح لعينه، والمنهي عنه غير مشروع أصلاً، حتى يدل دليل على خلاف ذلك. وأما القسم الثاني، وهو النهي عن الأمور الشرعية، فإن النهي فيها يقع على ما قبح لمعنى في وصفه، ويبقى المنهي عنه مشروعاً بأصله بعد النهي، وإن لم يكن مشروعاً بوصفه، أما عند الشافعية فقد جعلوا الحكم في الباين واحداً - أي في الأمور الحسية والشرعية-، وجعلوها تقتضي قبح المنهي عنه لعينه؛ حتى لا يبقى مشروعاً بعد النهي^(٢)، وسيأتي الحديث عن هذه القاعدة بزيادة تفصيل وبيان لاحقاً.

^(١) ينظر: شرح التلويح على التوضيح (٤١١/١) .

^(٢) ينظر: كشف الأسرار للبردوي (٣٨٠/١) ، أصول السرخسي (٩٦/١) ، جامع الأسرار شرح المنار للكاكي (٢٥١/١) ، أصول الشاشي ص (١٢٢) ، المغني للخبازي (٧٢) ، تحقيق المراد (٧٢/١) ، شرح مراقبي السعود (٣٦/١) ، شرح تنقيح الفصول ص (٦٧) .

ج-ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها:

اتضح لنا مما سبق أن عدم الصحة في المعاملات اختلف فيها الأصوليون على قولين:

القول الأول: قول الجمهور

الذين قالوا: إن عدم صحة العقد تعني عدم ترتب الأثر المقصود منه شرعاً ، فعلى هذا جعلوا العقد الفاسد والباطل مترادفين ^(١).

أدلتهم:

١- قال تعالى: ﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلَ اللَّهِ لَفَسَدَتَا﴾ [الأنبياء: ٢٢] .

وجه الدلالة: الآية دليل على وحدانية الله تعالى ، حيث "سمى السماوات والأرض فاسدة عند تقدير الشريك ووجوده ، ودليل التمانع يقتضي أن العالم على تقدير الشريك ووجوده يستحيل وجوده ؛ لحصول التمانع لا أنه يكون موجوداً على نوع من الخلل فقد سمي الله تعالى الذي لا تثبت حقيقته بوجه فاسداً . " فالفرق بين الفاسد والباطل مطالب بمستند شرعي يؤيد قوله ^(٢).

٢- دليل عقلي: لا يصح التفريق بين الباطل والفاسد في وقوع الفساد على الأصل أم على الوصف؛ لأن كل ما كان ممنوعاً بوصفه فهو ممنوع بأصله ؛ فكل سبب منصوب لحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه وصف بالصحة ، وإن تخلف عنه مقصوده وصف بالبطالان ، فالصحيح ما أثمر ، والباطل هو الذي لا يثمر وذلك لانعدام الثمرة المقصودة منه . فالمفسدة الموجودة في الوصف دليل على تمكن المفسدة من الأصل ، لذا لا فرق ، فالعقد إما صحيح أو باطل ، وكل باطل فاسد ^(٣) .

(١) ينظر: المستصفى (٩٥/١) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١١٣/١) ، المنهاج (٦٨/١) ، والإبهاج (٦٩/١) ، التمهيد للأسنوي (٥٩) ، الكاشف عن الحصول (٢٧٨/١) ، مناهج العقول (٧٨/١) ، تشنيف المسامع (١٨٦/١) ، البحر المحيط (٣٢٠/١) ، روضة الناظر وجنة المناظر (٢٥٢/١) ، شرح الكوكب المنير (٤٧٣/١) ، مختصر التحرير ص (٩١) ، الأنجم الزاهرات ص (٩٥) ، المذكرة شرح روضة الناظر ص (٥٥) .

(٢) ينظر: نفائس الأصول (٣١٢/١) ، تحقيق المراد (٧٢/١) ، البحر المحيط (٢٥٧/١ ، ٢٥٨) .

(٣) ينظر: المستصفى (٩٥/١) ، روضة الناظر (٢٥٣/١) ، السراج الوهاج (١١٨/١) .

القول الثاني : قول الحنفية

الذين قالوا: إن عدم صحة العقود تنقسم إلى قسمين: الباطل: وهو العقد الذي لا يترتب أثره المقصود منه شرعاً عليه، و الفاسد: وهو حالة خاصة تجعل العقد لا يمكن ترتب آثاره عليه إلا بشروط خاصة إن توفرت فيه تنقله إلى الصحة ؛ وبذلك تترتب آثاره المقصودة منه شرعاً عليه^(١).

أدلتهم:

١- اعتمدوا على اللغة التي جرى بها عرف الناس في خطاباتهم، فيقال في اللغة للطعام إذا تغير مع بقاءه صالحاً للغذاء فسد، وكذلك الثمرة إذا أصابها عفن أو ربح مفسدة يقال لها في اللغة فسدت، لأن عينيها باقية، وكذلك للؤلؤة فاسدة إذا بقي أصلها وذهب بياضها ولمعائها . أما إن ذهب الطعام بأن أكله الحيوان أو الثمرة بأن أكلت أو سرقت أو اللحم إذا صار لا يصلح للغذاء فلا يقال: فسدت بل هلكت وبطلت، فظهر أن الفساد لا يطلق إلا حيث يكون للعين ثبوت من وجه^(٢).

٢- دليل عقلي: لو تخمر العصير في ملك المسلم يبقى ملكه فيها ويحرم التصرف، فموجب البيع ثبوت الملك، وموجب النهي حرمة التصرف، وقد أمكن الجمع بينهما بأن يثبت الملك ويحرم التصرف^(٣).

٣- اعتد الشرع بالفاسد دون الباطل فـ"لو نذر صوم يوم النحر صح نذره ؛ لأن المعصية في فعله دون نذره، ويؤمر بفطره وقضائه ليتخلص عن المعصية وينفي بالنذر، ولو صامه خرج عن عهدة نذره ؛ لأنه أدى الصوم كما التزمه"^(٤).

(١) ينظر: كشف الأسرار البخاري (٢٥٩/١)، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٣٣٧)، أصول السرخسي (١٠٦/١)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١١٣/١)، التمهيد ص (٥٩)، شرح المنهاج (٧٤/١)، شرح الكوكب المنير (٤٧٣/١)، المسودة ص (٣٨)، الكاشف عن المحصول (٢٧٨/١)، نفائس الأصول (٣١٠/١).

(٢) ينظر: تيسير التحرير (٢٧٣/٢).

(٣) ينظر: أصول الشاشي ص (١٠٦، ١٠٧).

(٤) روضة الناظر وشرحها (١٦٧/١).

د-علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

يغلب على العقود المالية المستجدة أخذ المسلمين فيها للصور التي استجدت لأنظمة التجارة العالمية الغربية ، والتي لا تعتمد على أسس دينية أخلاقية متينة كالتى تبني عليها أحكام الشريعة الغراء ، مما يجعل فيها كثيراً من الخلل والفساد المترتب على اختلاف مقاصد العقود بين شريعتنا وقوانينهم ، وهذه العقود قد يكون لها مصلحة ظاهرة فيما لو جردت مما فيها من خلل بين يجعلها فاسدة باطلة في حكم الإسلام ، فلو تم تجريدها من الفاسد فيها ، وتنقيتها ، ووضع ضوابط تحقق لعامة الناس مصالحهم وغاياتهم فيها من غير مخالفة للشريعة ، مع حفظ لمقاصدها لسلمت من الفساد والبطلان ، وأصبحت عقوداً صحيحة تلي احتياجات المسلمين خاصة في فقه الأقليات ، أو عند الحاجة إليها بعامه .

مثال ذلك عقد التأمين فمن قال بتحريم التأمين التجاري ، وإباحة التأمين التعاوني على اعتبار أن التأمين التعاوني عقد تبرع لا معاوضة ، والإشكال الذي قد يرد في بعض الصور التي لا يتبين بدقة هل هي عقد معاوضة ، أو عقد تبرع ، أو أنها تبرع غير محض وفيه شائبة معاوضة ، أو أنها عقد معاوضة وفيه نوع تبرع (١) .

فما وقع فيه الإشكال إن كان قد سلم من باقي المحظورات ، ودعت الحاجة إليه ، فإنه يمكن التعاقد به على اعتبار رأي الأحناف في الفساد ، رعاية للحاجات ، وتحقيقاً للمصالح .

(١) العقود المركبة ص (٢٩٨-٢٩٩) .

المبحث الثالث

القواعد الأصولية المتعلقة بالنهي

المطلب الأول : قاعدة: اقتضاء مطلق النهي الفساد .

المطلب الأول

قاعدة: اقتضاء مطلق النهي الفساد.

أ-**التعريف بالقاعدة:** عند حديث العلماء عن النهي وأثره على المنهي عنه والذي نعني به التصرف الشرعي نجد أنهم قد تباينوا كثيراً في عرضهم للمسألة، فكل طائفة من العلماء اعتمدت تقسيماً معيناً لأحوال النهي وموارده التي يرد عليها، فمنهم من أطلق حكمه على جميع أحوال النهي من غير تفصيل^(١)، ومنهم من قسمه لمنهي عنه لعينه ومنهي عنه لغيره^(٢)، ومنهم من جعل المنهي عنه لغيره قسمين لوصفه اللازم له ولوصفه المجاور له^(٣)، ومنهم من فرق بين النهي في العبادات والنهي في المعاملات^(٤).

وجمعاً للمتفرق، فأحوال النهي التي تعرض عليه كما يلي:

١-**النهي المطلق:** وهو الذي تجرد من القرائن الدالة على سبب النهي ومورده، هل هو عين التصرف الشرعي، أم هو أوصافه المحيطة به؟^(٥).

٢-**النهي المقيد:** أي الذي اقترنت به قرينة تدل على سبب النهي، وهو على ثلاثة أقسام:

أ-**النهي الذي يعود إلى ذات المنهي عنه:** بسبب اختلال أركان التصرف الشرعي؛ مثل كون المعقود عليه ليس محلاً للبيع كما في بيع الملاحيق.

ب-**النهي الذي يعود إلى اللازم للمنهي عنه:** وفي هذه الحالة تكون ذات التصرف سليمة، ولكن قارنها وصف فاسد كالبيع بشرط فاسد.

ج-**النهي الذي يعود إلى الوصف المجاور للمنهي عنه:** وفي هذه الحالة الوصف الفاسد لا يكون ملازماً للتصرف بل متصلاً به مجاوراً فقط كالبيع في وقت الجمعة^(٦).

(١) ينظر: العدة في أصول الفقه (٢/ ٣٣٢)، التمهيد للكلوزاني (١/ ٣٦٩).

(٢) ينظر: مختصر المنتهى مع حاشية السعد (٢/ ٩٥)، قواعد الأحكام (٢/ ٢٠).

(٣) ينظر: البحر المحيط (٢/ ٤٤٠).

(٤) ينظر: المستصفي (٢/ ٢٥)، المعتمد (١/ ١٧١)، الحصول (١/ ٣٤٥).

(٥) بعض الأصوليين استخدموا مصطلح "النهي المطلق" بمعنى المجرد من القرائن الدالة على كونه مبطلاً للتصرف أو لا، وبذلك يكون المصطلح شاملاً لكل حالات النهي الأخرى ينظر: التحرير مع التيسير الكمال (١/ ٣٧٦).

(٦) ينظر: بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله (٢/ ١٨٥)، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي (٢/ ٣٧٩).

وما بعدها، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ص (٣٤١).

فاختلف الأصوليين في اقتضاء النهي الفساد بحسب هذه الأحوال، فإذا ورد النهي على التصرفات الشرعية كالصلاة والبيع والنكاح مثلاً فهل يؤدي ذلك النهي إلى بطلان التصرف الشرعي جملة ؛ بحيث يصبح التصرف الشرعي غير صالح لترتب حكمه عليه لمجرد ورود النهي عليه، أم ينظر في محل ورود النهي، ثم بحسب ذلك يحكم عليه بترتب آثاره عليه أو لا؟. ويراد بالفساد في هذه القاعدة البطلان، فإذا قيل: النهي يقتضي الفساد عني بذلك بطلان التصرف الذي ورد عليه النهي، أما الفساد بمعناه الخاص عند الحنفية فقد جعلوه حكماً خاصاً لبعض أحوال النهي، ولم يقصدوا به في تلك الأحوال البطلان^(١).

ب- تحرير محل التراجع:

اتفقت الآراء على كون النهي يقتضي البطلان والفساد، واختلفت أي أحوال النهي يقع به بطلان المنهي عنه، وأين يقع؟

ففي **النهي المطلق** المجرد من القرائن الدالة على محل القبح في المنهي عنه اتفق الجمهور^(٢) و الأحناف على إثبات قبح في المنهي عنه، واختلفوا في موقع القبح، فالجمهور أثبتوا القبح في ذات المنهي عنه فأبطلوه^(٣)، أما الأحناف فأثبتوا القبح في غير المنهي عنه، أي في الأوصاف المقارنة للمنهي عنه، والتي تبقى متصلة بذات المنهي عنه، فقالوا بفسادها المخالف للبطلان مع حقوق الإثم بها لكنه بقي مشروعاً بأصله^(٤). أما الغزالي^(٥) ومن تابعه فوافقوا الجمهور في بطلان المنهي عنه في العبادات لتعذر الجمع بين الطاعة والمعصية، وخالفوهم في أثره على أحكام المعاملات فقالوا: النهي المطلق لا يقتضي بذاته صحة ولا بطلاً أو فساداً، لأن الصحة والبطلان عندهم تستفاد من تحصيل الأسباب والشروط ولا علاقة لها بالنهي. ووافقوا الحنفية بأنه لا يقتضي البطلان في المعاملات، وخالفوهم في أنه يقتضي عندهم الصحة.

(١) ينظر: تحقيق المراد (٧٣/١).

(٢) أقصد بالجمهور هنا المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر.

(٣) ينظر: البرهان (٢٨٣/١)، المستصفى (٣١٥/٢)، المحصول (٤٨٦/٢)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٧٥/٢)، شرح العضد لمختصر المنتهى (٩٥/٢)، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٢٥٩/٣)، شرح الكوكب المنير (٨٣/٣).

(٤) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٥٨/١).

(٥) سبق التعريف به، ص (٥٢).

أما أسباب التنازع بينهم فترجع غالبا لمسألتين:

١- هل يمكن اجتماع المشروعية مع المعصية شرعا؟.

فالجمهور على أن المشروعية لا تجتمع مع الحرمة والمعصية بحال من الأحوال، "لأن معنى الصحة ترتب الآثار المشروعية على الشيء فلا تجتمع المشروعية والمعصية في ذات واحدة بالنسبة إلى شيء واحد" ^(١) فجعلوا البطلان أثرا للنهي باعتبار أن مراتب المشروعية هي الإيجاب والندب والإباحة والمنهي عنه لا يمثل أي مرتبة منها فيكون باطلا حتما.

أما الأحناف فإن الحرمة عندهم يمكن أن تجتمع مع المشروعية في وضع خاص أطلقوا عليه مرتبة الفساد، واستدلوا بنصه صلى الله عليه وسلم على الخيار في بيع المصرة ^(٢) فهذا البيع لا شك أن فاعله عاص به ومع ذلك جعله صلى الله عليه وسلم مشروعاً ورتب عليه أثره بشرط الخيار، كما أن النهي عندهم يختلف تماما عن النسخ، فالأول للمنع، والثاني: لإعدام المشروعية فلا يجتمعان، وذلك رعاية لمنازل المشروعات ومحافظة لحدودها ^(٣).

وأما **الغزالي** ^(٤) و**البصري** ^(٥) - رحمهما الله - ومن وافقهما فأبطلوا رأي الفريقين في أحكام المعاملات ووافقوا الجمهور في أحكام العبادات؛ وذلك لأن النهي عندهم لا يدل على الصحة ولا على البطلان، أما في العبادات فقد أقرروا دلالة على البطلان؛ لأن العبادات لا تجتمع مع المعصية عندهم ^(٦). وبناء على ما سبق فالمشروعية عند الجمهور ترادف الطاعة والقربة؛ لأنها ما أذن الشارع فيه عموماً. فأبي تصرف حرام الحكم يعتبر غير مشروع لامتناع اجتماع المشروعية التي تعني القربة مع المعصية. أما **الحنفية** فالمشروعية عندهم ملازمة لأصل التصرف الشرعي، فمتى وجد أصل التصرف كاملاً غير مختل الأركان فإنه يلزم وجود أصل المشروعية معه. وذلك لوجود مقتضى وهو وضع الشرع التصرف سبباً لحكمه وانتفاء المانع، أما إذا انعدم عين التصرف فقد انعدمت المشروعية أصلاً

(١) ينظر: البحر المحيط (٤٤١/٢) .

(٢) من تصرية: وهي ترك البائع حلب الناقة أو الشاة أو غيرها عمداً مدة قبل بيعها، ليجمع اللبن في ضرعها، فيعثر بها المشتري، فيزيد في ثمنها، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (١٣٨) .

(٣) ينظر: أصول البزدوي (٢٦٨/١) .

(٤) تم التعريف به سابقاً، ص (٥٢) .

(٥) أبو الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المتكلم على مذهب المعتزلة؛ وهو أحد أئمتهم لأعلام المشار إليه في هذا الفن، له التصانيف الفائقة في أصول الفقه، منه المعتمد وهو كتاب كبير، وقرر الأدلة في مجلد كبير، وغير ذلك في أصول الدين، سكن بغداد وتوفي بها يوم الثلاثاء خامس شهر ربيع الآخر سنة ٤٣٦ هـ. ينظر: وفيات الأعيان (٤) / (٢٧١) .

(٦) ينظر: البحر المحيط (٤٤١/٢) .

لأنها مرتبطة به وجودا وعندما ارتباط المعلول بالعلة^(١)، فالمشروعية عندهم: ترتب الأثر على التصرف الشرعي أو استتباع الغاية. لكنها تبقى ناقصة لكون التصرف حرام الحكم.

ب- هل النسخ والنهي بمعنى واحد في رفع المشروعية؟ .

فالمجهور على أن النهي والنسخ بمعنى واحد في رفع المشروعية، فأقل ما يعتبر به الشيء مشروعاً كونه مباحاً، والمنهي عنه لا يكون مباحاً، فلزم عدم كونه مشروعاً، كما أن النسخ يرفع عن المشروع مشروعيته. أما **الأحناف** فالنهي عندهم: " طلب مقتضى الامتناع عن الإيجاد على أبلغ الوجوه مع بقاء اختيار للمخاطب فيه وذلك بوجوب الانتهاء"^(٢)

وقد اتفق الفريقان على أن النهي يوجب الانتهاء على سبيل الإلزام ، وقيدته الحنفية: ببقاء اختيار المخاطب فيه ، بحيث يؤدي انعدامه إلى إبطال حقيقة النهي في كونه ابتلاء ، فالامتناع عن مباشرة المنهي عنه لا يكون إلا على وجه يتم به ابتلاء المكلف فيما نهى عنه ، وإنما يتحقق الابتلاء إذا بقي الاختيار وهذا إنما يكون إذا كان المنهي عنه متصوراً وتصور المشروع بمشروعيته فإذا فاتت مشروعيته لا يتصور وجوده شرعاً^(٣) .

أما النسخ فيكون لرفع المشروعية بتصرف من الشارع وليس باختيار من العبد، فامتناع العبد عن مباشرة المنسوخات مبني على انعدامها الذاتي أما في النهي فإن الامتناع عن مباشرة المنهي يكون بناء على امتناعه وهو ليس بناء على عدمها الذاتي، "فالنسخ تصرف في المحل بالرفع والنهي تصرف في المخاطب بالمنع"^(٤).

إجمالاً، الخلاف في اقتضاء النهي المطلق لم يكن له أثر في الفروع الفقهية بخلاف باقي حالات النهي الأخرى^(٥) .

(١) ينظر: أصول السرخسي (٨٦/١) .

(٢) ينظر: أصول السرخسي (٧٩/١) .

(٣) ينظر: كشف الأسرار للبزدوي (٢٦٢/١) ، كشف الأسرار للنسفي (١٤٦/١) .

(٤) ينظر: كشف الأسرار للنسفي (١٤٧/١) .

(٥) ينظر: أثر الاختلاف في القواعد الأصولية ص (٣٥٠) .

أما النهي المقيد بسبب خلل في ذات المنهي عنه

فهم مجمعون على بطلان المنهي عنه لكن مختلفون في سبب ذلك، وقد ذكر الزركشي^(١) -رحمه الله- ذلك فقال: "الصواب أن خلافهم هو في المنهي عنه لغيره، أما المنهي عنه لعينه فلا يختلفون في فساد" (٢)، فجميعهم ما عدا الغزالي^(٣) -رحمه الله- وأتباعه يرون أن سبب بطلان المنهي عنه في هذا النوع من النهي عندهم أن النهي يقتضي ذلك، وقد بين القرافي^(٤) -رحمه الله- ذلك بقوله: "إن النهي إذا كان في نفس الماهية كانت المفسدة في نفس الماهية، والمتضمن للمفسدة فاسد وإنما النهي يعتمد المفسد كما أن الأمر إنما يعتمد المصالح... وتحريره: أن أركان العقد أربعة: عوضان وعاقدان فمتى وجدت الأربعة من حيث الجملة سالمة عن النهي فقد وجدت الماهية المعتبرة شرعا سالمة من النهي فيكون النهي تعلق بأمر خارج عنها، ومتى انخرم واحد من الأربعة عدمت الماهية" (٥). أما الغزالي -رحمه الله- فالبطلان عنده مستفاد من الاختلال الواقع في أركان المنهي عنه وليس من النهي.

أما النهي المقيد بسبب خلل في لازم للمنهي عنه

فقد اتفقوا على أن النهي هنا جاء بسبب الوصف الفاسد الذي اتصل بأصل التصرف الشرعي ملازمة لكن اختلفوا هل فساد الوصف يسري إلى الأصل فيبطله أم لا؟
فالجمهور على أن النهي يبطل الأصل والوصف، فقد اعتبروا التصرف الشرعي وحدة متكاملة متى تطرق الخلل إلى وصف منها سرى ذلك الخلل إلى الأصل، فيقع التصرف جملة باطلاً ولا يمكن تجزئة الفساد.

أما الأحناف فالنهي مفسد للوصف على اعتبارهم الخاص للفساد كحال بين الصحة والبطلان، فقبح الوصف لا يرقى إلى إبطال الأصل، لكنه يكون حرام الأداء، والمؤدي يكون عاصياً بارتكابه ماهو حرام، ويمكن تصحيح هذا الوصف الفاسد بإزالة فساد.
وأما الغزالي -رحمه الله- فالنهي يبطل الأصل والوصف في العبادات أما في المعاملات فعلى اعتبار أن النهي لا يقتضي صحة ولا بطلاً بذاته في المعاملات.

(١) هو: محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي، فقيه أصولي محدث، من كتبه شرح جمع الجوامع و البحر المحيط في أصول الفقه و تخريج أحاديث الرافي، توفي سنة ٧٩٤ هـ، ينظر: شذرات الذهب (٣٣٥/٦).
(٢) البحر المحيط (٤٤٠/٢).

(٣) سبق التعريف به، ص (٥٢).

(٤) سبق التعريف به، ص (٣٦).

(٥) الفروق (٨٢/٢).

والخلاف في هذه الحالة بين الجمهور والأحناف مبني على قاعدة: الباطل والفساد كما سبق دراستها.

أما النهي المقيد بسبب خلل في وصف مجاور للمنهي عنه وهو الذي ينفك عن التصرف الشرعي غالباً كالصلاة في أرض مغصوبة، فقد استصحب بعض الحنابلة والظاهرية^(١) ورواية عن الإمام مالك -رحمه الله- حكمهم بالبطان في باقي حالات النهي على هذه الحالة، واستمر الغزالي على أصله في التفريق بين العبادات والمعاملات في اقتضاء النهي، واتفق الحنفية والمالكية والشافعية على الكراهة مع بقاء المشروعية ولم يطلوه كسابقاته لانفصال الوصف عن الأصل، وقد ذكر الزنجاني^(٢) -رحمه الله-: "أن الوصف المقارن للتصرف قد يكون مجاوراً له غير لازم لذاته كالبيع في وقت النداء، وحيث ألحق الشافعي -رضي الله عنه- فساد الوصف بفساد الأصل إنما أراد به القسم الأول دون الثاني"^(٣).

لكن اختلف الشافعية والمالكية مع الحنفية في معنى المجاورة أو الوصف المجاور وضوابط تميزه عن الوصف الملازم فهناك حالات يعتبرها الحنفية من معاني المجاورة في حين يعتبرها الشافعية والمالكية من معاني الملازمة، من ذلك النهي الوارد عن الصلاة في الأوقات المكروهة فقد ذهب الشافعية والمالكية إلى أن النهي عن الصلاة في هذه الأوقات نهي عن العمل لوصفه اللازم له^(٤). أما الحنفية فذهبوا إلى صحة انعقاد صلاة النفل في هذه الأوقات لكون مورد النهي وصفاً مجاوراً وليس لازماً^(٥).

(١) تم التعريف بها سابقاً، ص (٤٩).

(٢) هو: محمود بن أحمد بن محمود بن بختيار الشافعي الزنجاني، تفقه وبرع في المذهب والأصول والخلاف، وبعد صيته، وناب القضاء وولي نظر الوقف العام، وله تصانيف كثيرة، توفي عام ٦٥٦ هـ. ينظر: سير أعلام النبلاء (٣٤٥/٢٣).

(٣) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٦٩)، ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٦٥/١).

(٤) ينظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد (٧٤/١)، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام (١٢/٢).

(٥) ينظر: أصول السرخسي (٨٩/١).

ج- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها :

اختلف الأصوليون في الأثر الذي يتركه النهي عن التصرف الشرعي بعد وروده عليه من حيث إبطال هذه التصرفات أو عدم إبطالها بمقتضى النهي على أربعة أقوال:

القول الأول: النهي يقتضي الفساد والبطلان مطلقا.

سواء كان النهي مطلقا أو مقيدا بوصف فاسد في ذاته أو لازم له أو مجاور، وسواء في العبادات أو المعاملات. وقد قال به بعض الحنابلة^(١)، وأهل الظاهر^(٢)، وهو إحدى الروايتين عن الإمام مالك - رحمه الله -^(٣).

أدلتهم:

١- حديث: (من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد) وقوله: (من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد)^(٤).

وجه الدلالة: الرد هو عدم القبول طاعة وقربة، فما نهي عنه الشارع من التصرفات هو على غير ما أمر به صلى الله عليه وسلم. فوجب أن يرد بنص الحديث، ولا معنى لرده سوى الحكم عليه بالبطلان وعدم ترتب آثاره عليه^(٥).

يعترض عليه: نوافقكم أن الرد هو عدم القبول طاعة وقربة، ونخالفكم في أن لا يكون المردود سببا لآثاره، ومثاله ذبح شاة الغير بدون إذنه إذا قاربت الهلاك فهو ليس عليه أمرنا وهو ليس برد^(٦).

يجاب عنه: أن المتبادر من كلمة: (فهو رد) أي مردود الذات^(٧).

و اعترض عليه: أنه من أخبار الآحاد التي لا يستدل بها على الأصول بخلاف الفروع^(٨).

(١) ينظر: العدة (٤٣٣/٢)، التمهيد (٣٣٩/١).

(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٦١/٣).

(٣) ينظر: إحكام الفصول (١٢٦/١)، البحر المحيط (٤٤٠/٢).

(٤) سبق تخريجه، ص (٥٠).

(٥) ينظر: التمهيد (٣٧١/١)، العدة (٤٣٤/٢)، التبصرة ص (٢٠٢).

(٦) ينظر: المستصفى (٢٧/٢).

(٧) ينظر: التمهيد (٣٧١/١)، العدة (٤٣٤/٢)، التبصرة ص (٢٠٢).

(٨) ينظر: التمهيد (٣٧١/١)، تحقيق المراد ص (٣١٩).

وأجيب عنه: أن الأمة تلقتة بالقبول فصار كالماتواتر ، ولا نسلم بأن مسألة النهي يقتضي الفساد لا تفيد إلا الظن، فمقتضى النهي وإن كان من الأصول إلا أنه من مسائل الاجتهاد فصار كالفروع يستدل فيها بالأخبار الظنية ^(١).

واعترض عليه : أن الضمير "هو" يعود على الفاعل ولا يعود على الفعل وبناء عليه يقدر: من أدخل في ديننا ما ليس منه فالفاعل رد أي مردود ومعنى كونه مردودا أنه غير مثاب ^(٢) .

وأجيب عنه: " أن عود الضمير على الفعل أولى لاعتبار أنه أقرب مذكور ، ولأن عود الضمير إلى الفاعل يستلزم صرف الكلام من الحقيقة إلى المجاز ، بخلاف ما إذا حمل على نفس الفعل ؛ لأن رده يكون حقيقة وخصوصا إذا حمل على نفي الصحة ، واعتبار الحقيقة أولى من المجاز ^(٣)

وأیضا لأن عود الضمير إلى الفعل يلزم منه المعارضة بينه وبين ما ذكرنا من الدليل وليس كذلك فيما إذا عاد إلى نفس الفاعل فكان عوده إلى الفاعل أولى ^(٤) .

واعترض عليه: إن سلمنا أنه يعود على الفعل فإن معنى الرد يحمل على ضد القبول وهو ما لا يثبت على فعله ولا يلزم من نفي القبول نفي الصحة ^(٥).

وأجيب عنه: أن الرد يستعمل فيما ذكرتم ويستعمل في الفساد والإبطال وإذا استعمل فيهما حمل عليهما ^(٦) .

واعترض عليه : أن الحديث يستدل به فيما نهي عنه لذات المنهي عنه كبيع الملاحيق ^(٧) ونحوه ، وأما ما ورد النهي عنه مجردا من القرائن الدالة على محل القبح فلا دلالة فيه على أنه ليس من الدين حتى يكون مردودا .

^(١) ينظر: التمهيد (٣٧٧/١ ، ٣٧١) ، تحقيق المراد ص (٣٢١) .

^(٢) ينظر: الإحكام للآمدي (٢٨٠/٢) .

^(٣) ينظر: تحقيق المراد ص (٣٢١) .

^(٤) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٨١/٢) .

^(٥) ينظر: التمهيد (٣٧١/١) ، تحقيق المراد ص (٣٢٠) .

^(٦) ينظر: العدة (٤٥٣/٢) .

^(٧) سبق تعريفه ، ص (٢٣) .

٢- حديث: (لا صلاة إلا بطهور)^(١) و(لا نكاح إلا بولي)^(٢) وغيرهما من النصوص التي تنفي الأحكام نتيجة خلل في أركانها أو شروطها.

ووجه الاستدلال بها: أنه لا يمكن أن يريد صلى الله عليه وسلم نفي ذات الفعل وإنما يريد نفي حكمه، وما كان كذلك فهو باطل^(٣).

يعترض عليه: بأن هذه الأحاديث نفي لا نهي، والفرق بينهما واضح، فالنهي للمنع من إتيان الفعل، والنفي من طرق النسخ فيكون لرفع المشروعية.

٣- إجماع الصحابة: فقد استدلوا على فساد العقود والتصرفات الشرعية بمجرد النهي عنها، ومن أمثلة ذلك احتجاج عمر - رضي الله عنه - على فساد نكاح المشركات بمجرد قوله تعالى: ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنَ ﴾ [البقرة: ٢٢١] ولم يجد في ذلك إنكاراً من الصحابة فكان إجماعاً منهم على فساد التصرفات المشروعة بمجرد النهي^(٤).

يعترض عليه: أنه صادر من بعض الأمة فقط فلا يصح، ولا حجة في قول البعض^(٥)، كما يمكن أن يحتج بهذا الإجماع في المنع والتحريم، أما في الإفساد فلا يستدل به^(٦).

٤- قياس النهي على الأمر، فإن كان الأمر يقتضي ضرورة حسن المأمور به فكذلك النهي يقتضي ضرورة قبح المنهي عنه، وإذا كان الأمر المطلق يقتضي أن الفعل الذي أمر به أصبح مشروعاً كما في الأمر بالصلاة والزكاة مثلاً فكذلك النهي المطلق يكون أمارة على أن الفعل المنهي عنه خرج من دائرة

(١) لم أقف على هذه الرواية في كتب السنة، إنما بلفظ: (لا تقبل صلاة بغير طهور، ولا صدقة من غلول) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الطهارة. باب: وجوب الطهارة للصلاة. ح(٥٥٧)، (١٤٠/١). عن ابن عمر - رضي الله عنه.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: النكاح. باب: في الولي. ح(٢٠٨٧)، (١٩١/٢). والترمذي في سننه، كتاب: النكاح عن الرسول - صلى الله عليه وسلم - . باب: ما جاء لا نكاح إلا بولي. ح(١١٠١)، (٤٠٧/٣). وابن ماجه في سننه، كتاب: النكاح. باب: لا نكاح إلا بولي. ح(٨١)، (٦٠٥/١). عن أبي موسى الأشعري. صحيحه الأئمة: أحمد وابن المديني والبخاري والذهلي وابن الجارود وابن حبان والحاكم والذهبي، وصححه الضياء المقدسي في "المختارة" وابن حبان أيضاً، وقال الألباني: حديث صحيح، انظر: صحيح أبي داود: (٣٢١/٦).

(٣) ينظر: العدة (٤٣٤/٢)، التمهيد (٣٧١/١).

(٤) ينظر: المستصفى (٢/٢).

(٥) ينظر: المرجع السابق (٢٧/٢).

(٦) التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان ص (٥٣).

المشروعية وأصبح غير مشروع، وبناء على ذلك فإن النهي المشتمل على الربا ونحوه يقتضي أن هذا البيع غير مشروع، ولا معنى لانعدام مشروعيته سوى الحكم عليه بالبطلان، وعدم ترتب أثره عليه. وأيضاً الحقيقة في مطلق الأمر أن ثبت صفة الحسن في المأمور به شرعاً لعينه لا لغيره من الأوصاف المقترنة به، فكذلك يجب أن تكون الحقيقة في مطلق النهي إثبات صفة القبح في عين المنهي عنه تحديداً وليس من الأوصاف المحيطة بالمنهي عنه، وصرف صفة القبح عن عين المنهي عنه عمل لا دليل عليه، كصرف صفة القبح في النهي عن صوم يوم العيد^(١) لا إلى ذات الصوم وإنما إلى كونه عيداً^(٢).

وقد رتب الإمام الشافعي - رحمه الله - على هذا الدليل نتيجة كبرى وهي: خروج المنهي عنه من دائرة المشروعية بطريقتين:

- أ- أن يعدم المشروع باقتضاء النهي، إذ أن أدنى درجات المشروع أن يكون مباحاً، والقبح لعينه يستحيل أن يكون مباحاً، فانتفت المشروعية لازماً لذلك، فيكون النهي والنسخ بمعنى واحد^(٣).
- ب- أن يعدم المشروع بحكم النهي، إذ حكم النهي وجوب الانتهاء ليكون المنتهي مطيعاً ومعظماً لحرمة الناهي، أما إذا باشر المنهي عنه فإنه يكون عاصياً، والمعصية خلاف المشروع فيترب أن يكون المنهي عنه غير المشروع، وحاصل هذا الدليل هو عدم اجتماع المشروعية مع المعصية^(٤).
- اعترض على قياس النهي على الأمر: أنه يلزم منه نتائج تخالف أصولاً متفقاً عليها كضرورة بقاء اختيار العبد في المنهي عنه ليكون مبتلى به كالأمر، وقياس النهي على الأمر بنجيه كما يلي: "أن المأمور به لا يصير موجوداً بمقتضى الأمر؛ لأنه ينعدم به معنى الابتلاء فكذلك المنهي عنه لا ينعدم بمجرد النهي لتحقيق معنى الانتهاء، وإذا لم ينعدم بقي مشروعاً لا محالة"^(٥).
- واعترض على أن النسخ والنهي بمعنى واحد: بأن ذلك خلاف الحقيقة إذ النسخ يختلف عن النهي في حقيقته ومفهومه، فالنسخ تصرف في المحل بالرفع، والنهي تصرف في المخاطب بالمنع، والنسخ تشريع لرفع المشروعية لا باختيار من العبد لكن بالزام من الشارع، أما النهي فإنه

(١) فعن أبي هريرة - رضي الله عنه - (أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - نهى عن صيام يومين يوم الأضحى ويوم الفطر). أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الصيام. باب: النهي عن صوم يوم الفطر ويوم الأضحى.

ح (٢٧٢٨)، (١٥٢/٣).

(٢) ينظر: الإحكام للآمدي (٢٨٠/٢)، أصول السرخسي (٨٢/١).

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٨٠/٢)، أصول السرخسي (٨٢/١)، أصول البزدوي ص

(٢٦٢)، كشف الأسرار للنسفي (١٥٥/١).

(٤) ينظر: البحر المحيط (٤٤١/٢).

(٥) ينظر: أصول السرخسي (٨٨/١).

تشريع للابتلاء ، ولا يتحقق هذا إلا ببقاء مشروعيته فيصبح عدمه بناء على امتناع العبد، فتبين تغيرهما فلا يجعلان واحدا^(١).

واعترض على إثبات القبح في أصل المنهي عنه دون وصفه بأنه قبيح جداً ، إذ القبح مقتضى للنهي وهذا لا نزاع فيه، والمقتضى لا يصح إثباته على وجه يبطل المقتضي ، وإثباته في عين المنهي دون وصفه في المشروعات يستلزم بطلان المنهي عنه، والبطلان معناه إعدام التصرف وإذا عدم التصرف ، لم يتحقق الانتهاء الذي هو الموجب الأصلي للنهي، فتبطل بذلك حقيقة النهي نفسه ، وهذا خلاف الأصل ، إذ المقتضى تابع للمقتضي مصحح له لا مبطل له، لذلك وجب إثبات القبح في النهي المطلق في الوصف لا في أصل التصرف رعاية لمنازل المشروعات ومحافضة لحدودها^(٢).

واعترض على أن الصحة والحرمة متنافيتان: أن المشروعية لا نعني بها الإباحة والحل وإنما ترتب الأثر ، وهذا حكم دنيوي ترتب بناء على وجود سببه المتمثل في أصل التصرف المشروع ، إذ النهي منصرف إلى غيره.

واعترض على أن النهي نسخ للمشروعية: أن المراد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف المذكور أم كونه لا يفيد حكمه ؟ إن أريد الأول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي ، وإن أردت الثاني فهو محل التزاع ، وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل التزاع جزء الدليل^(٣).

٥- شرع النهي لدرء المفاسد الموجودة في المنهي عنه ، أو فيما يلزمه من أوصاف ، فالشارع لا ينهى عن المصالح وإنما ينهى عن المفاسد، ولا تتحقق حكمة النهي إلا بالحكم ببطلان المنهي عنه^(٤).

٦- إن لزوم الوصف القبيح للمنهي عنه يخرج من دائرة المشروعية ؛ لأن التصرف الشرعي وحدة متكاملة ، إذا فسد منها جزء سرى إلى كل أجزائها ، فإذا وجد القبح في الوصف الملازم أو المجاور أثر ذلك في التصرف جملة فيقع باطلا ، ومثاله: نكاح المعتدة، والنكاح بغير شهود "فإن النهي عنهما كان لمعنى زائد على ما يتم به العقد من فقد شرط أو زيادة صفة في المحل"^(٥)، ومع ذلك حكم الشرع

(١) ينظر: كشف الأسرار للنسفي (١٤٧/١) .

(٢) ينظر: أصول السرخسي (٨٧/١) ، أصول البزدوي (٢٦٨/١) ، كشف الأسرار للبخاري (٢٦٧/١) .

(٣) فتح القدير (٤٠٠/٦) .

(٤) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (١٩٨) ، مختصر المنتهى (٩٥/٢) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي

(٢٧٧/٢) .

(٥) أصول السرخسي (٨٣/١) .

ببطلان هذه العقود لجرد اتصالها بالوصف الفاسد، فدل هذا الدليل على أن النهي عن الوصف الملازم أو المجاور للمنهي عنه يقتضي بطلانه.

القول الثاني: النهي يقتضي الفساد والبطلان في العبادات دون المعاملات.

سواء كان النهي مطلقاً أو مقيداً بوصف فاسد في ذاته أو لازم له أو مجاور. وقد قال به الغزالي^(١)، و أبو الحسين البصري^(٢)، والرازي -رحمهم الله-^(٣) وغيرهم^(٤). فالنهي عندهم في العبادات يقتضي البطلان، وفي المعاملات لا يقتضي صحة ولا بطلاناً، بل كل من الصحة والبطلان أحكام تستفاد من توفر الشروط والأركان أو عدمها^(٥).

أدلتهم:

أ-الدليل على مذهبهم في المعاملات:

١- أن الحرمة لا تعني نفي المشروعية "فلو صرح الشارع وقال: نهيتك عن الطلاق في الحيض لعينه لكن إن فعلت بانت زوجتك، ونهيتك عن إزالة النجاسة بالماء المغصوب لكن إن فعلت طهر الثوب. . فشيء من هذا لا يمتنع ولا يتناقض، بخلاف قوله: حرمت عليك الطلاق وأمرتك به أو أبحته لك"^(٦). ففرق بين مفهوم الحرمة ومفهوم المشروعية، أو سلب الأحكام والثمرات فقد يكون الفعل حرام الحكم ومع هذا تترتب عليه ثماره أو بعضها.

٢- النهي في المعاملات لو دل على الفساد فإن دلالاته لا تخرج عن أن تكون بلفظه أو بمعناه، وكلا الدالتين منعدمة^(٧) فيتعين أنه لا يدل على الفساد أصلاً، وبيان ذلك:

انعدمت دلالاته على الفساد بلفظه؛ لأن اللفظ لا يدل إلا على الزجر عن الفعل، والفساد معناه عدم ترتب الأثر وهما معنيان مختلفان، وانعدمت دلالاته على الفساد بمعناه أيضاً؛ لأن الدلالة المعنوية تتحقق إذا كان لمسمى الشيء لازم، فاللفظ الدال على الشيء دال على لازم المسمى

(١) سبق التعريف به، ص (٥٢).

(٢) سبق التعريف به، ص (٧٢).

(٣) ينظر: المحصول (٣٤٥/١)، سبق التعريف بالرازي -رحمه الله- ص (٣٥).

(٤) ينظر: إرشاد الفحول ص (١١٠).

(٥) ينظر: المستصفى (٢٨/٢).

(٦) المستصفى (٣٦/٢).

(٧) ينظر: المحصول (٣٤٥/١).

بواسطة دلالاته على المسمى^(١) وهنا معنى الفساد غير لازم للمنع، لأننا لا نستبعد قول الشارع: لا تذبح بالسكين المغصوب ولو ذبحت به حلت الذبيحة، فهذه الإمكانية لا دليل على انتقائها، وهو ما يترتب عليه عدم حصول الملازمة وهذا يلزم عنه ضرورة انتفاء الدلالة المعنوية للنهي على الفساد وهو ما نقول به^(٢).

اعتراض عليه: أنا لا نسلم أن النهي لا يدل على الفساد بمعناه من وجهين:

- أ- أن المنهي عنه معصية، وانتقال الملك نعمة، والمعصية لا تكون سببا للنعمة وذلك للتناسب بينهما، وإذا تبين وجه المناسبة حق لنا تعميمها في جميع المناهي الفاسدة.
- ب- أن المنهي عنه لا يخرج عن ثلاثة أمور: أن يكون سببا للمفسدة الخالصة، أو الراجحة، أو المساوية، ففي حال كونه سببا للمفسدة الخالصة أو الراجحة يجب علينا الحكم بفساده تحقيقا لمقصد الشارع من النهي، أما في حالة التساوي فإن الفعل يصبح من قبيل العبث، ومباشرة العبث من المخدورات على العقلاء، فيكون قولنا بفساده مفضيا إلى دفع هذا المخدور، فيتعين المسير لمذهبنا ويبتل مذهبكم^(٣).

٣- إن التصرفات المشروعة التي يرجع فسادها إلى سلب أحكامها، كالبيع والطلاق والشهادة، لا يدل النهي على فسادها، لا بنفسه ولا بواسطة، "أما بنفسه فإنه إنما يدل إذا صدر من حكيم فيدل على قبح الفعل، ووجوب الإخلال به، أو على كراهته له فقط، وإما أنه لا يدل على ذلك بواسطة فهو أن الوسطة هي قبحه وكونه مكروها، والفعل قد يكون مكروها وحكمه ثابت"^(٤)، والأمثلة على ذلك كثيرة كالبيع وقت صلاة الجمعة، والطلاق حال الحيض فإن كل منها ترتب عليه أحكامه رغم النهي الوارد عنه.

هذا ما استدلوا به على عدم إفادة النهي للفساد في المعاملات.

أما عدم إفادته الصحة فاستدلوا بأن النهي لا يدل على الصحة بقياس الأمر على النهي، فإذا كان الأمر وهو أولى لا يدل على الإجزاء والصحة فكيف يدل النهي عليها؟ فكل من الأمر والنهي غاية ما

(١) ينظر: المحصول (١/٣٤٥).

(٢) ينظر: المحصول (١/٣٤٧).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: المستصفى (٢/٢٨).

يدلان عليه هو اقتضاء الفعل ، أو اقتضاء الترك فقط ، أو على الوجوب ، أو التحريم فقط "أما حصول الإجزاء والفائدة فيحتاج إلى دليل آخر" (١).

ب-الدليل على مذهبهم في العبادات:

إن المكلف عند مباشرته للمنهي عنه في العبادات كالصلاة في الدار المغصوبة مثلاً لم يأت بما أمر به ضرورة ؛ لأن المأمور به غير المنهي عنه حتماً ، وبالتالي فإنه يبقى مكلفاً به لبطلان ما أتى به (٢)، "فحقيقة النهي تناقض كون النهي عنه قرينة وطاعة فالطاعة هي ما وافق الأمر ، والأمر والنهي متضادان" (٣)

فالطاعة لا يمكن أن تجتمع مع المعصية ، أو الأمر لا يجتمع مع النهي ، بينما هذا الإشكال لا يوجد في أحكام المعاملات كالبيع ونحوها ، فقد يكون البيع حراماً ومع ذلك تترتب عليه آثاره.

اعتراض عليه: بنفس دليلهم في المعاملات ، بأن النهي في المعاملات لو دل على الفساد فإن دلالاته لا تخرج عن أن تكون بلفظه أو بمعناه ، وكلا الداليتين منعدمة ، فيتعين أنه لا يدل على الفساد أصلاً سواء في العبادات أو المعاملات ، فلم خصصتموه بالمعاملات فقط؟.

أجيب عنه: أن ما نعينه بالفساد في أحكام العبادات ليس هو الفساد الذي نعينه في المعاملات ، ففساد العبادات هو كونها غير مجزئة ، وفساد المعاملات هو أن لا تفيد سائر أحكامها ، فالمعنى مختلف في الجهتين ، وإذا تعين ذلك لم يشملهما الدليل السابق بل يختص بالمعاملات (٤).

اعتراض عليه أيضاً: مخالفة الإجماع المتمثل في التسوية بين أحكام النهي في العبادات والمعاملات ، فمنهم من سوى بينهما في دلالة النهي على فساد كل منهما ، ومنهم من سوى بينهما في عدم الدلالة على ذلك ، وأنتم فرقتم بينهما ، فهذا خرق للإجماع (٥).

أجيب عنه: أن العلماء الذين أجمعوا على نفي دلالة النهي على الفساد عنوا فساداً خاصاً يتمثل في وجوب القضاء بعد خروج الوقت وليس هذا ما نعينه بالفساد ، ولو أن هؤلاء العلماء اطلعوا على ما فصلنا لما اختلفوا فيه ، حتى ولو سلمنا بمخالفتهم لنا فإن قولنا لا يعتبر

(١) المرجع السابق (٢٨/٢) .

(٢) ينظر: المحصول (٣٤٧/١) ، المعتمد (١٧٢/١) .

(٣) ينظر: المستصفى (٣٠/٢) .

(٤) ينظر: المحصول (٣٤٩/١) .

(٥) ينظر: المعتمد (١٧٦/١) .

مخالفة للإجماع ، بل الإجماع في المسألة لم يوجد ، ووجوده يكون بالاتفاق على طريقة واحدة وهذا لم يحدث^(١).

القول الثالث:

النهي يقتضي البطلان والفساد إذا كان مطلقاً أو وقع النهي لوصف لازم للفعل ، أما إذا كان الوصف مجاور له فإن النهي يقتضي عندهم الفساد على معنى الحنفية لا البطلان . وقد قال به جمهور المالكية^(٢) ، والشافعية^(٣) .

دليلهم:

انفكاك الوصف عن أصل التصرف الشرعي ، "ومما يشهد لصحة المنهي عنه - إذا كان النهي لغيره - إثباته صلى الله عليه وسلم الخيار^(٤) لمشتري المصرة^(٥) ، إذا تبين التصرية مع أن التصرية غش وتدليس منهى عنه قطعاً ، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم ببطلان البيع ، بل أثبت الخيار ، وذلك دال على انعقاده مع ارتكاب البائع النهي فيه"^(٦) ، فقد ثبت بالنص أن الوصف الفاسد المجاور غير مفسد لأصل التصرف لأنه منفك عنه .

ويعبر القرافي^(٧) - رحمه الله - عن مراعاة هذا الانفكاك بين أصل التصرف ووصفه في الصلاة في الدار المغسوبة: "نحن نلاحظ أن متعلق الأمر قد وجد فيها بكمالها مع متعلق النهي ، فالصلاة من حيث هي

(١) ينظر: المرجع السابق (١/١٧٧) .

(٢) ينظر: الفروق (٢/٨٥) .

(٣) ينظر: البحر المحيط (٢/٤٣٢) ، شرح المنهاج (١/٣٤٥) .

(٤) قال أبو هريرة - رضي الله عنه - : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (من اشترى غنماً مصراً ، فاحتلبها ، فإن رضيها أمسكها ، وإن سخطها ففي حلبتها صاع من تمر) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب: البيوع . باب: إن شاء رد المصرة ، وفي حلبتها صاع من تمر . ح (٢٠٤٤) ، (٢/٧٥٦) . ومسلم في صحيحه ، كتاب: البيوع . باب: حكم بيع المصرة . ح (٣٩٠٧) . (٥/٦) .

(٥) تم تعريفها سابقاً ، ص (٧١) .

(٦) تحقيق المراد في أن النهي يقتضي الفساد ص (٣٧٨ ، ٣٧٩) .

(٧) سبق التعريف به ، ص (٣٦) .

صلاة حاصلة غير أن المصلي جنى على حق صاحب الدار فالنهي في المجاور" ^(١) ؛ لذلك لا تبطل هذه الصلاة مراعاة لمورد النهي.

القول الرابع:

النهي يقتضي البطلان إذا كان الفساد في ذات التصرف الشرعي، ويقتضي الفساد بمعنى الحنفية إذا كان النهي مطلقاً ^(٢) أو مقيداً بوصف لازم للفعل أو مجاور له فيصح التصرف ولا يبطل ويأثم صاحبه.

فعلى ذلك يكون العقد الفاسد تترتب آثاره عليه كاملة مع حقوق حكم الكراهة بالتصرف. وقد قال به جمهور الحنفية ^(٣).

أدلتهم:

١- ضرورة كون المنهي عنه متصور الوجود ؛ أي مشروعاً حتى يتحقق شرط التكليف وهو الاختيار، إذ أن حكم النهي يوجب تصور المنهي عنه الذي يتمثل في إمكان تحققه ، وفي نفس الوقت يقتضي قبحه، وهما متناقضان فلا يمكن الجمع بينهما في التصرفات الشرعية كما هو الشأن في التصرفات الحسية حيث يمكن الجمع بينهما فعملنا بذلك ، فلا يمتنع وجودها بسبب القبح الثابت فيها ؛ لأن وجودها يختلف عن وجود المشروعات. فأما التصرفات الشرعية فلا يمكن الجمع بين تصور وجودها من جهة وثبوت القبح فيها من جهة، فلا بد من الترجيح ، والترجيح إما بترجيح جانب التصور ، أو بترجيح جانب القبح، ورجحنا التصور لثلاثة أمور:

أ- أن تصور المنهي عنه هو الموجب الأصلي له لغة وعرفاً وشرعاً؛ أما لغة: فالنهي هو الامتناع، والامتناع لا يكون إلا عن متصور، وأما عرفاً: فإنه يستقبح أن يكلف شخص بما لا قدرة له عليه ، فلا يقال للأعمى لا تبصر ، ولا للقعيد لا تقم، أما شرعاً: فإن النهي لا يتحقق الابتلاء به إلا إذا كان متصور الوجود شرعاً، أما القبح فلا يعتبر المقتضى الأصلي للنهي بل هو من مقتضياته

^(١) الفروق (٨٥/٢) .

^(٢) وافق من الشافعية رأي الحنفية في أن النهي المطلق على وجه الخصوص يقتضي الفساد على معنى الحنفية: القفال الشاشي، ينظر: متن أصول الشاشي ص (١٦٥) .

^(٣) ينظر: أصول البزدوي (٢٨٨/١) ، كشف الأسرار للبخاري (٢٥٨/١) ، المنار مع كشف الأسرار للنسفي (١٤٥/١) ، أصول السرخسي (٨٢/١) .

الشرعية فقط، واعتبار الموجب الأصلي النهي واللازم له لغة وعرفا وشرعا أولى من اعتبار ماهو دونه.

ب- يمكن اعتبار جانب التصور مع اعتبار جانب القبح، وذلك بإرجاعه إلى الوصف المقترن بالأصل، أما اعتبار جانب القبح فلا يمكن أن نعتبر معه جانب التصور، فيكون اعتبار التصور أولى لما فيه من إمكانية الجمع بين الاعتبارين.

ج- أن اعتبار القبح يؤدي إلى إبطال حقيقة النهي ويجعله كالنسخ وهو مختلف عنه حقيقة وحدا، "ففي إبطال حقيقة النهي إبطال للقبح الذي ثبت مقتضى به، و في إبطال المقتضى إبطال للمقتضى ضرورة، أما اعتبار جانب التصور فهناك تحقيق معنى النهي مع رعاية المقتضى للمقتضى فكان ترجيحه أولى" (١).

اعترض عليه: أن المشروعات تتحقق بأمرين: بفعل العبد، وبإطلاق الشرع المتمثل في الإذن فيها، وبورود نهي الشرع عنها ينتهي الإطلاق فترفع المشروعية عنها، ولا يلزم من ارتفاع المشروعية ارتفاع تصور الفعل كما تقولون، بل يبقى تصور الفعل من العبد قائما ودليل ذلك أن العبد مأذون مثلا بالصوم، وليس له فيه إلا النية والإمساك، ومافعله لا يصير عبادة إلا بالشرع، وليس لفعل العبد أثر في كونه عبادة، ولما ورد النهي عنه لم يعد الفعل صوما وعبادة لزوال إذن الشارع، وكان صوما نظرا إلى فعل العبد، وإذا بقي تصور الفعل من العبد صح النهي (٢)، فالنهي راجع للفعل المتصور من العبد حسا لا شرعا، وإذا ثبت هذا فيبقى تصور المنهي عنه مع النهي لا ينعدم.

أجيب عنه: لا نسلم أن فعل العبد المجرد من اعتبار الشرع يسمى بالاسم الشرعي، فلفظ الصوم اسم لفعل محدد معتبر في الشرع، ودون هذا الاعتبار لا يسمى صوما، وإنما صار كذلك بصورته ومعناه المتمثل في الاعتبار الشرعي، وإذا لم يوجد المعنى لم يبق للصورة عبرة، لذلك فالتصور الذي ادعى بقاءه بارتفاع المشروعية هو تصور حسي وليس شرعي، وبقاء التصور الحسي لا نزاع فيه، بل ننازعهم في بقاء التصرف الشرعي (٣).

(١) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٦٥/١).

(٢) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٦٦/١)، التلويح على التوضيح (٢١٦/١).

(٣) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٢٦٦/١، ٢٦٧).

أما أدلتهم على قولهم في النهي الوارد على الوصف اللازم:

١. إن المشروعات شرعت لحسنها الذاتي ، و ورود النهي عنها سببه الأوصاف العارضة القبيحة المتصلة بها ، وليس لدواتها لأنها حسنة، لذلك فلا يكون النهي لهذه العوارض يفيد القبح الذاتي لما يلزم عنه من تناقض ، إذ يصبح الشيء قبيحا وحسنا لذاته في نفس الوقت ، ورفعاً لهذا التناقض يفسد الوصف وحده دون الأصل ، ولكن يجب فسخ التصرف مادام ذلك الوصف الممنوع قائماً^(١).

٢. إن عدم التفريق بين حالات النهي يقتضي التسوية في أحكامها ، وهذا غير جائز لتفاوت أثر النهي في المنهي عنه حسب درجة الخلل الذي وقع في التصرف، فلو قلنا: إن النهي الوارد على الوصف الخارجي يسري إلى أصل التصرف ويبطله لكان ذلك تسوية بين الماهية السالمة عن الفساد والماهية التي عراها خلل في ذاتها أو جزء من أجزائها، وذلك غير جائز^(٢) ، ولو قلنا بالصحة الكاملة لسوينا بين الماهية السالمة في ذاتها وأوصافها وبين الماهية السالمة في ذاتها غير السالمة في أوصافها ، وهذا أيضا غير جائز لذلك يقابل الأصل بالأصل والوصف بالوصف وحينئذ يتعين معنى الفساد الذي نقول به .

د- ربط القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

تتفاوت اعتبارات الفساد في النهي قوة وضعفا ، فمن المقرر أن الخلل الوارد على أصل العقد وركنه ، ليس كالخلل الوارد على وصفه ، وعلى هذا فالعقود المستجدة قد يوجد فيها من المحاذير الشرعية التي تتفاوت الآراء في إبطالها للعقد أو إمكان تصحيحها والعمل بها مع وجود شيء من المحذور لوجود مصلحة راجحة ، أو حاجة عامة ، كغفر تفاوتت الآراء في كونه يسيرا مغتفراً أو كثيراً فاحشاً ، ولم يستتب تماماً أيهما كان ، وكان هذا العقد يحقق كثيراً من مصالح الناس وحاجاتهم ، فهذا النوع من الخلل مفسدته قليلة في مقابل المصلحة الراجحة ، فعلى رأي الحنفية يمكن تصحيح العقد ، وإعماله بناء على ذلك .

فمثلاً : تداول أسهم شركات المساهمة التي تقوم على أنشطة مباحة شرعاً بيعاً وشراءً ، ومن المحاذير التي ترد عليه : أن السهم الواحد يدخل فيه بحكم كونه مشاعاً أشياء كثيرة ؛ مما يصعب عملية الاطلاع الكاملة النافية للجهالة .

(١) ينظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (٢٤٩) .

(٢) ينظر: الفروق (٩٣/٢) .

فرغم وجود هذا المحذور الذي ذكر والذي قد يوجب شيئا من الفساد ، فإذا لم تتعامل تلك الشركات مع البنوك الربوية إيداعا أو سحبا ، و لم تتلبس بالربا لا أخذًا ولا إعطاء ، فقد اعتمد من قال بالإباحة على أن الغرر الذي يشوب هذه الأسهم إنما هو عفو ؛ لكونه غرر يسير وهو مغتفر ، وهو مما لا يمكن التحرز منه ، وتكليف المشتري بالاطلاع على كل جزء من أجزائه يفضي للعت والمشقة ، فيكتفى بالمعرفة الإجمالية (١).

(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، ص

المبحث الرابع

القواعد الأصولية المتعلقة بالقياس

المطلب الأول : قاعدة: جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع

المطلب الأول

قاعدة: جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع

التعريف بالقاعدة: يقصد بها: هل يجري القياس في الأسباب والشروط والموانع كما يجري في غيرها من الأحكام؟ وبيانها فيما يلي:

١- **القياس في الأسباب:** هو أن يجعل الشارع وصفاً سبباً لحكم فيقاس عليه وصف آخر، فيحكم بكونه سبباً. أمثلته:

أ- قياس القتل بالمثل على القتل بالحدد في وجوب القصاص بجامع القتل العمد العدوان، والحدد سبب لوجوب القصاص، فالقتل بالمثل يكون سبباً كذلك لوجوب القتل.

ب- قياس اللواط على الزنا في وجوب الحد بجامع إيلاج فرج في فرج مشتهى، والزنا سبب لإيجاب الحد، فاللواط كذلك تكون سبباً له ^(١).

٢- **القياس في الشروط:** - لما كان معنى الشرط: ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، فإذا وجدنا ما نص على كونه شرطاً ووجدنا ما يشاركه في وجه الشرطية فيلحق به على وجه القياس ليشاركه فيما اشترط له. أمثلته:

أ- أن الشارع اشترط لصحة الصلاة الاستنجاء من البول والغائط بالماء أو الحجر، والحجر إنما صح الاستنجاء به بدل الماء لكونه قالاً لعين النجاسة فيقاس عليه كل جامد يتوفر فيه هذا الوصف.

ب- قياس الوضوء على التيمم بجامع تمييز العادة عن العبادة بكل منهما، والنية شرط في التيمم، فتكون شرطاً في الوضوء.

ج- قياس طهارة المكان على طهارة الستر في كونها شرطاً لصحة الصلاة بجامع أن في كل منهما تزويه عبادة الله عما لا يليق ^(٢).

٣- **القياس في الموانع:** لما كان وجود المانع سبباً لعدم الحكم، فإنه إذا وجد في شيء لم ينص عليه، فإنه يكون سبباً للحكم بعدم الحكم قياساً على وجوده في الصورة التي نص فيها

^(١) ينظر: روضة الناظر ص (٣٠٢-٣٠٥)، المستصفى (٣/ ٦٩٤-٧٠٠)، المسودة (٢/ ٧٥٣، ٧٥٤)، التمهيد (٣/ ٤٤٩-٤٥٤)، العدة (٤/ ١٤٠٩).

^(٢) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٤/ ٣٢٠-٣٢٢)، نهاية السؤل (٢/ ٨٢٥-٨٣١)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص (٥٧١-٥٧٦)، تيسير التحرير (٤/ ١٠٣)، المحصول (٢/ ٧٦).

على الحكم. مثاله: قياس دم النفاس على دم الحيض في المنع من الصلاة ، لكون الحيض مانعاً للحائض من صحة صلاتها ، بجامع أن في كل منهما أذى وقدر يجب تنزيه المصلي عنه^(١).

ب- تحرير محل النزاع فيها:

الخلاف في هذه القاعدة لفظي ؛ حيث إن المانعين من إجراء القياس في الأسباب والشروط والموانع بينوا أنه لا يكون كل من السببين سبباً للحكم من حيث خصوصه ، وإنما السبب: القدر المشترك بينهما. وهذا لا ينكره المجيزون لإجراء القياس في الأسباب والشروط والموانع ، ؛ لأنهم إنما قاسوا لأجل أن يثبتوا أن المقيس فرد من أفراد القدر المشترك كالمقيس عليه الذي دل النص على سببته ، لا ليثبتوا أنه مستقل بالسببية بخصوصه ، لأن الأحكام في الحقيقة إنما تترتب على المعنى المشترك بينهما ، فلا حاجة إلى قياس أحد السببين أو الشرطين أو المانعين على الآخر ، ومع ذلك فإنه وإن منع المانع القياس في هذه الأمور ، فإنه يجري القياس في الأحكام المتعلقة بها ، فيقاس اللواط مثلاً على الزنا في وجوب الحد بجامع أن في كل منهما إبلاج فرج في فرج محرم مشتبه^(٢).

ج- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها :

اختلف العلماء في جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع على قولين:

القول الأول:

القياس لا يجري في أسباب الأحكام وشروطها وموانعها.

قال به: بعض المالكية ، وأكثر الحنفية وبعض الشافعية ، وكثير من أهل الأصول^(٣).

(١) ينظر: شرح المحلى على جمع الجوامع ابن السبكي (١٧٤/٢) ، شرح العضد على مختصر المنتهى (٢٥٥/٢) ، روضة الناظر (٣٩/٢) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٩٣/٣) ، مسلم الثبوت (٧٧/٢) ، إرشاد الفحول ص (١٩٥) .

(٢) ينظر: حاشية البناي على جمع الجوامع (٦٧/١) .

(٣) ينظر: روضة الناظر ص (٣٠٢-٣٠٥) ، المستصفى (٣/٦٩٤-٧٠٠) ، المسودة (٢/٧٥٣، ٧٥٤) ، التمهيد (٣/٤٤٩-٤٥٤) ، العدة (٤/١٤٠٩) ، شرح تنقيح الفصول ص (٤١٤-٤١٦) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣٢٠/٤-٣٢٢) ، نهاية السؤل (٢/٨٢٥-٨٣١) ، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص (٥٧١-٥٧٦) ، تيسير التحرير (٤/١٠٣) ، المحصول (٢/٧٦) .

أدلتهم:

١- أن مدار القياس على العلة والجامع بين الأصل والفرع، فإن لم توجد العلة والجامع في الأسباب والشروط والموانع فلا يجوز القياس وهو ظاهر؛ حيث فقد أهم ركن من أركان القياس وهو العلة. وإن وجدت العلة والجامع بين الأصل والفرع، فلا فائدة في القياس؛ لأن هذا الجامع يعتبر هو السبب أو الشرط أو المانع، ويكون كل من الأصل والفرع فردا من أفراد هذا السبب، أو هذا الشرط، أو هذا المانع، وبذلك يكون الاشتغال بالقياس في الأسباب والشروط والموانع لا فائدة فيه.

فمثلا: لما قاس القتل بالمشغل على القتل بالحدد بجامع القتل العمد العدوان، فإنه جعل القتل العمد العدوان هو سبب وجوب القصاص، فيكون القتل بالمشغل، والقتل بالحدد فردين من أفراد القتل العمد العدوان فلا حاجة إذن للقياس.

وكذلك لما قاس الوضوء على التيمم بجامع أن كلا منهما طهارة مقصودة يتميز بها العبادة عن العادة، فإنه جعل الطهارة التي تتميز العبادة عن العادة هي شرط صحة الصلاة، فيكون الوضوء والتيمم فردين من أفرادها، فلا حاجة مع هذا للقياس.

وكذلك لما قاس النفاس على الحيض بجامع أن كلا منهما أذى وقدر يجب تنزيه المصلي منه، جعل الأذى و القدر الذي يجب تنزيه المصلي منه مانعا لصحة الصلاة، فيكون النفاس فردين من أفرادها فلا حاجة إذن للقياس^(١).

٢- أن إجراء القياس في الأسباب والشروط والموانع يؤول إلى إبطال الأصل المقيس عليه، ومن شروط القياس: ألا يعود التعليل والقياس على الأصل بالإبطال.

وبيانه: أننا إذا ألحقنا السبب والشرط والمانع الذي لم ينص عليه بالسبب والشرط والمانع المنصوص عليه لعللة وجامع جمع بين المنصوص عليه من السبب أو الشرط أو المانع، فإن هذا سيؤول إلى أن السبب والشرط والمانع في الأصل لم يكن هو ما نص عليه، وإنما هو معنى أوسع منه، وفي هذا إبطال للأصل، وهو السبب والشرط والمانع المنصوص عليه.

ومثاله: أنه لما قاس اللواط على الزنا في وجوب الحد لوجود معنى مشترك بينهما وهو: إيلاج فرج في فرج محرم شرعا، فإن هذا يؤدي إلى أن الزنا لم يكن علة للحد، وإنما العلة هي معنى أوسع منه، وهو إيلاج فرج في فرج محرم شرعا.

(١) ينظر: التمهيد (٣/ ٤٤٩ - ٤٥٤)، نهاية السؤل (٢/ ٨٢٥ - ٨٣١)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص (٥٧١ - ٥٧٦).

كذلك لما قاس النفاس على الحيض في إسقاط الصلاة بجامع أن كلا منهما أدى، فإنه يؤدي ويفضي إلى أن الحيض لم يكن علة لإسقاط الصلاة، وإنما العلة معنى أوسع منه وهو: وجود الأذى والقذر^(١).

القول الثاني:

أن القياس يجري في الأسباب والشروط والموانع.

قال به: بعض الحنفية، وكثير من الشافعية، والحنابلة^(٢)

أدلتهم:

١- عموم أدلة حجية القياس، حيث إنها لم تفرق بين حكم وحكم، والأسباب والشروط والموانع تعتبر داخلة تحت هذا العموم؛ لأنه يطلق عليها أحكام شرعية فيجري القياس فيها كما يجري في غيرها^(٣).

يعترض عليه: يسلم لكم عموم أدلة حجية القياس ولكن بشرط توفر جميع أركان القياس وشروط كل ركن، والأسباب والشروط والموانع تخصص من هذا العموم، فلا يجري فيها القياس؛ لأن إجراء القياس في الأسباب والشروط والموانع يؤدي إلى أمرين باطلين:

أ- أن إجراء القياس فيها لا فائدة فيه.

ب- أنه يؤدي إلى تغيير الأصل وإبطاله، وبيانه في دليلي المثبتين لجريان القياس في الأسباب والشروط والموانع.

وهذان الأمران هما الذين قد خصصا الأسباب والشروط والموانع وأخرجها عن إجراء القياس فيها^(٤).

٢- أن خبر الواحد تثبت به الأسباب والشروط والموانع فكذلك تثبت بالقياس بجامع أن كلا منهما يفيد الظن^(٥).

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣٢٠/٤ - ٣٢٢)، نهاية السؤل (٨٢٥/٢ - ٨٣١)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول ص (٥٧١ - ٥٧٦)، تيسير التحرير (١٠٣/٤)، المحصول (٧٦/٢).

(٢) ينظر: شرح المحلى على جمع الجوامع (١٧٤/٢)، شرح العضد على مختصر المنتهى (٢٥٥/٢)، روضة الناظر (٣٩/٢)، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٩٣/٣)، مسلم الثبوت (٧٧/٢)، إرشاد الفحول ص (١٩٥).

(٣) ينظر: روضة الناظر (٣٩/٢)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٩٣/٣).

(٤) ينظر: نهاية السؤل (٨٢٥/٢ - ٨٣١).

(٥) ينظر: شرح المحلى على جمع الجوامع (١٧٤/٢).

يعترض عليه: إن قياس القياس -كدليل- على خبر الواحد قياس فاسد؛ لأنه قياس مع الفارق، ووجه الفرق: أن إثبات الأسباب والشروط والموانع بالقياس يترتب عليه: أن هذا القياس يؤدي إلى إبطال الأصل، وهو السبب والشرط والمانع المقيس عليه، وهذا لا يوجد في إثبات الأسباب والشروط والموانع بخبر الواحد^(١).

د- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

هذه القاعدة لها صلة وثيقة بالشروط المرتبطة بالعقود المستجدة، ذلك أن العقد المستجد استحدث فيه شروط لم تكن مما تمّ إعماله في الماضي مما أدى إل الحاجة إلى العناية بهذه الشروط، وقياسها على شرط اعتبره الشارع يكسبها قوة في بناء الحكم عليها.

ومما كثر التعامل به في الحياة المعاصرة الشروط الجزائية: وهي التي يتم فيها الاتفاق بين المتعاقدين سلفاً ضماناً مالياً على الطرف الذي ينكص عن تنفيذ الالتزام، أو يتأخر عن تنفيذه، فإذا كان الشرط الجزائي لا يخالف مقصود الشرع ولا مقصود العقد، ولا يحل حراماً أو يحرم حلالاً، فإن الأصل فيه كسائر العقود والشروط الصحة والجواز عند من قال بذلك؛ لعموم أدلة وجوب الوفاء بالعقود والعهود، مثالها: شروط المفاولة التي قد تتضمن شرطاً جزائياً يلزم المفاوض بدفع مبلغ معين عن كل يوم أو عن كل أسبوع، أو عن كل مدة أخرى من الزمن يتأخر فيها المفاوض عن تسليم العمل المعهود إليه إنجازاً، كذلك لائحة المصنع قد تتضمن شروطاً جزائية تقضي بخضم مبالغ معينة من أجره العامل جزاء له على الإخلال بالالتزامات المختلفة، وتعريف مصلحة السكك الحديدية أو مصلحة البريد أيضاً قد تتضمن تحديد مبلغ معين هو الذي تدفعه المصلحة للتعاقد معها في حالة فقد طرد أو فقد رسالة^(٢).

والشرط الجزائي إنما وضع تعويضاً عن ضرر قد يحصل، فاشتراطه في صلب العقد حماية لحق المتضرر، وقد يقال: أن الشرط الجزائي يقاس على ضمان الفعل الضار بجماع أن كلا منهما تعويض عن الضرر^(٣).

(١) ينظر: نهاية السؤل (٢/٨٢٥-٨٣١)، المسودة في أصول الفقه ص (٢٧٣).

(٢) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، ص (١٢٠-١٢١).

(٣) وقد اعترض على هذا القياس بعدة اعتراضات، ينظر: الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، ص (١٤٧-١٤٨).

المبحث الخامس

القواعد الأصولية المتعلقة بالمقاصد الشرعية

المطلب الأول : قاعدة: أن تكاليف الشارع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق،

وهذه المقاصد ثلاثة أقسام: ضرورية ، حاجية ، تحسينية.

المطلب الثاني : قاعدة: الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة

المطلب الثالث : قاعدة: التيسير ورفع الحرج

المطلب الرابع : قاعدة: درء المفسد مقدم على جلب المصالح

المطلب الخامس : قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد

المطلب السادس : قاعدة: إبطال الحيل

المطلب الأول

قاعدة: أن تكاليف الشارع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق، وهذه المقاصد ثلاثة أقسام: ضرورية، وحاجية، وتحسينية.

أ-التعريف بالقاعدة:

كلف الله العباد بأحكام الشرع لتحقيق المقاصد والغايات التي احتوت على مصالح العباد في العاجل والآجل، فشرع الله إنما شرع لحفظ المقاصد في الخلق^(١)، وقد اختص الشرع بتحديدتها فالناس يتفاوتون في ذلك، فتجد هوى متبعا، أو شحا مطاعا، أو عقلا قاصرا، لذا حصرها العلماء بعد استقراءهم لما ورد في الكتاب والسنة على ثلاث رتب^(٢) بحسب قوتها، وأهمية حفظها، وحاجة الناس إليها، ولكل منها تكملة كالتممة لو فرض فقدها لم يخل بحكمة المقصد الأصلية، وهي مشروطة بعدم العودة على أصلها بالإبطال وإلا ألغيت^(٣).

فكل تكملة يفضي اعتبارها إلى رفض أصلها، فلا يصح اشتراطها عند ذلك. لوجهين: أحدهما: أن في إبطال الأصل إبطال التكملة، لأن التكملة مع ما كملته كالصفة مع الموصوف. والثاني: أننا لو قدرنا تقديرا أن المصلحة التكميلية تحصل مع فوات المصلحة الأصلية، لكان حصول الأصلية أولى لما بينهما من التفاوت^(٤).

وهي على ثلاثة أقسام:

١-المقاصد الضرورية: وهي التي تقوم عليها حياة الأمة أفرادا أو جماعات في العاجل والآجل فلا يستقيم نظام باختلالها، فقد يتوقف عليها وجودهم، أو تعم الفوضى والفساد بفواتها، وفي الأخرى خسران مبين^(٥).

(١) ينظر: الموافقات (٩/٢).

(٢) هذه الثلاث هي من الوصف المناسب باعتبار الحكمة. ينظر: شرح مراقي السعود (٤٧٦/٢).

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٤٠/٣)، المستصفى (٢٨٧/١).

(٤) ينظر: الموافقات (٨/٢).

(٥) ينظر: الموافقات (٨/٢)، شرح مراقي السعود (٤٧٦/٢)، المستصفى (٢٥١/٢)، المحصول (٢٢٠/٢).

، نهاية السؤل (٨٢/٤)، الإجماع (٥٥/٣)، شرح المحلى مع البناني (٢٨/٢)، شرح الكوكب المنير

(١٥٩/٤).

وقد حصرت المقاصد الضرورية ^(١) في: الدين والنفس والعقل والنسل والمال ^(٢)، وتسمى كليات. وقد بين ذلك الغزالي ^(٣) بقوله: "ومقصود الشرع من الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعها مصلحة" ^(٤). فحفظ هذه الركائز الخمس هو الحد الأدنى الضروري لإقامة النظام الاجتماعي والاقتصادي والسياسي على نحو تستقيم به الحياة الإنسانية، ويحفظ للإنسان بقاءه وكرامته حتى إن بعضهم يرى أن حفظ الضروريات واجب على كل إنسان مكلف في جميع الملل السابقة ^(٥). وعند التعارض يقدم الدين ثم النفس ثم العقل ثم النسب، والمال والعرض في مرتبة واحدة، وفصل البعض: أن الوقوع في العرض بما يؤدي إلى الشك في النسب فهو مقدم على المال لأنه في مرتبة حفظ النسب ^(٦).

^(١) وقد أضاف بعضهم إليها قسماً سادساً وهو حفظ العرض ينظر: شرح تنقيح الفصول ص ٣٩١، وتبناه ابن السبكي، ينظر: شرح جمع الجوامع مع حاشية البناني ٢/٢٨٠، ودافع عنه الشوكاني فقال: «وقد زاد بعض المتأخرين سادساً وهو حفظ الأعراض؛ فإن عادة العقلاء بذل نفوسهم وأمواهم دون أعراضهم، وما فدي بالضروري فهو بالضرورة أولى، وقد شرع في الجناية عليه بالقذف الحد، وهو أحق بالحفظ من غيره، فإن الإنسان قد يتجاوز عمن جنى على نفسه أو ماله، ولا يكاد أحد أن يتجاوز عمن جنى على عرضه، ولهذا يقول القائل: يهون علينا أن تصاب جسومنا وتسلم أعراض لنا وعقول» إرشاد الفحول ص (٣٦٦).

"والعرض: النفس وجانب الرجل الذي يصونه ويدافع عنه من نفسه وحسبه أن ينتقص ويعاب سواء كان في نفسه أو سلفه، وقيل: موضع المدح والذم وقيل: ما يفتخر به من حسب وشرف وقد يراد به: الآباء والجداد والخلائق المحمودة وغير ذلك" شرح مراقي السعود (٤٧٧/٢).

وقد ردَّ ابنُ عاشور على هذه الدعوى معتبراً حفظ الأعراض ليس من الضروري بل هو حاجي وأن ما حمل بعض العلماء على عدّه ضرورياً ما رأوه من ورود حدِّ القذف في الشريعة، رافضاً بذلك الملازمة بين الضروري وبين ما في تفويته حدّ. مقاصد الشريعة الإسلامية ص (٨١-٨٢).

^(٢) ينظر: المستصفى (٢٨٧/١)، غاية الوصول ص (١٢٤)، التقرير والتحبير (١٤٤/٣)، المحصول (٢٢٠/٢)، نهاية السؤل (٨٢/٤)، الإجماع (٥٥/٣).

^(٣) سبق التعريف به، ص (٥٢).

^(٤) المستصفى (٢٨٧/١).

^(٥) شرح مراقي السعود (٤٧٧/٢).

^(٦) ينظر: شرح مراقي السعود (٤٧٧/٢) بتصرف.

ولرعاية هذه المقاصد وضع الشارع طريقين أساسيين:

أولاً: وضع الأحكام الشرعية التي تؤمن وجود هذه المصالح، وتقيم أركانها، وتوفر تحقيق المنافع منها، وذلك في حالة وجودها.

ثانياً: وضع الأحكام الشرعية التي تحفظ هذه المصالح وتصونها من الضياع أو الإخلال بها، وذلك في حالة عدم دفع المفسد عن الناس^(١).

حفظ الدين يكون بما يلي:

أ- مراعاة حفظه من جانب الوجود بإقامة أركانه وتثبيت قواعده، فشرعت لذلك أصول العبادات، كالإيمان والنطق بالشهادتين والصلاة والزكاة والصوم والحج .

ب- مراعاة حفظه من جانب عدمه بما يدرأ عنه الاختلال الواقع أو المتوقع، ولذا شرع الجهاد لمحاربة المعتدين، وحماية المستضعفين، ورفع الظلم عنهم، وشرعت العقوبات غير المقدرة لإيقاف فساد المبتدعة في الدين.

وحفظ النفس ويكون بما يلي:

أ- حفظها من جانب الوجود، بتناول الطعام والشراب واتخاذ الملبس والمسكن، مما يتوقف عليه بقاء الحياة وصون الأبدان .

ب- حفظها من جانب عدمه، بإقامة العقوبات على من سولت له نفسه المساس بها، ولذا شرع القصاص لقوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرْبُ بِالْحَرْبِ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَى بِالْأُنْثَى﴾ [البقرة: ١٧٨]، وقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَى الْأَلْبَبُ﴾ [البقرة: ١٧٩].

وحفظ العقل، ويكون بما يلي:

أ- حفظه من جانب الوجود، بتوجهه إلى النظر والتفكير والاستنتاج، لقوله تعالى:

﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ﴾ [الغاشية: ١٧]، وقوله: ﴿أَفَلَا يَعْقِلُونَ﴾ [يس: ٦٨]، وقوله: ﴿لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الأعراف: ١٧٦] .

ب- حفظه من جانب عدمه، بتحريم المسكرات وإقامة العقوبات عليها، ولذا شرع حد شرب المسكر .

(١) ينظر: الموافقات (٣٤/٢) .

وحفظ النسل، ويكون بما يلي:

أ- حفظه من جانب الوجود، بإباحة ما فطرت عليه البشرية من الميل إلى الغريزة الجنسية، فشرع النكاح، وأحكام الحضانة، والنفقات، وما إلى ذلك.

ب- حفظه من جانب عدم محاربة وعقوبة من يساهم في اختلاطه وإضعافه وانحلاله، ولذا شرع حد الزنا والقذف وما إلى ذلك.

وحفظ المال، ويكون بما يلي:

أ- حفظه من جانب الوجود، بتنميته تنمية مشروعة، ولذا شرع المولى عز وجل طرقا لكسبه وإنفاقه وتنميته.

ب- حفظه من جانب عدم، بتحريم السرقة والغش والرشوة، بل إن الشارع أقام عليها عقوبات مقدرة وغير مقدرة، فقال تعالى في حد السرقة: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءُ بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [المائدة: ٣٨] ، وترك العقوبات غير المقدرة للحاكم يتصرف فيها وفق ما تقتضيه المصلحة^(١).

أما مكملات الضروري: فهي التي تلحق به، وإذا فقدت لم تخل من حكمة الضروري الأصلية لكن وجودها متمم للحكمة والمصلحة منها.

من أمثلته: إظهار شعائر الدين كصلاة الجماعة في الفرائض وصلاة الجمعة، والتماثل في القصاص فإن قتل الأعلى بالأدنى مؤد إلى ثوران نفوس العصبية فلا يكمل بدونه ثمرة القصاص من الزجر والحياة التي قصدها الشرع منه، وتحريم قليل المسكر؛ لأنه بما فيه من لذة الطرب يدعو إلى الكثير المضيع للعقل فتحريم القليل تكميل لحكمة تحريم الكثير، فالأمثلة الثلاثة لا تدعو الضرورة إليها ولا تظهر فيها شدة الحاجة لكنها تتمم حكمة المقصد الضروري^(٢).

اقتضت الحكمة الإلهية أن تضع أحكاما تشريعية إضافية مكملة للأحكام التي شرعت لحفظ كل نوع من أقسام المصالح لتصبح أمانا احتياطيا، وسياجا وافيا واقيا لتكون الشريعة تامة كاملة كما ارتضاها لنا المولى عز وجل -.

(١) ينظر: المرجع السابق .

(٢) ينظر: المرجع السابق .

فشرع الإسلام الصلاة لحفظ الدين، وشرع للصلاة أحكاما تكميلية كالأذان لإعلانها، وصلاة الجماعة في المسجد، وخطبة الجمعة والعديد لتعليم الناس أمور دينهم.

وشرع القصاص لحفظ النفوس، وشرع لإكماله التماثل في النفس والعضو والجروح.

وشرع النكاح لحفظ النسل والنسب، وشرع لإكمال المقصد منه الإعفاف، والقيام بحقوق الزوجية، وحسن المعاشرة، والسعي لكسب الحلال، والقيام بشؤون البيت.

وحرم الإسلام الزنا لحفظ العرض وصون النسل، وشرع لإكماله غض البصر، والاستئذان عند دخول البيت، وحرم التبرج، وإبداء الزينة، وحرم الخلوة بالمرأة الأجنبية.

وحرم الإسلام الخمر لحفظ العقل، وشرع لإكماله تحريم القليل منه ولو لم يسكر، كما طلب الشارع التورع عن الشبهات.

" فالمقاصد الضرورية في الشريعة أصل للحاجية والتحسينية. فلو فرض اختلال الضروري بإطلاق، لاختلا باختلاله بإطلاق. ولا يلزم من اختلالهما اختلال الضروري بإطلاق. نعم قد يلزم من اختلال التحسيني بإطلاق اختلال الحاجي بوجه ما. وقد يلزم من اختلال الحاجي بإطلاق اختلال الضروري بوجه ما. فلذلك إذا حوفظ على الضروري فينبغي المحافظة على الحاجي. وإذا حوفظ على الحاجي فينبغي أن يحافظ على التحسيني، إذا ثبت أن التحسيني يخدم الحاجي، وأن الحاجي يخدم الضروري. فإن الضروري هو المطلوب ^(١) .

٢- المقاصد الحاجية: وهي الأمور التي يحتاجها ^(٢) الناس لتأمين شؤون الحياة بيسر وسهولة، تدفع عنهم المشقة وترفع الحرج، فإذا فقدت لم تختل حياتهم ولم يتهدد وجودهم لكنها ستؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة، وإذا لم تراعى دخل على المكلفين في الجملة حرج ومشقة، فهي تساعد على صيانة مصالح الناس الضرورية وتؤديها ^(٣).

وهي جارية في العبادات حيث شرعت الرخص المخففة للمشقة المترتبة على السفر والمرض، والعبادات حيث أبيع الصيد والتمتع بالطيبات مما هو حلال مأكلا ومشربا وملبسا ومركبا وما إليه، والمعاملات

(١) الموافقات (١٦/٣) .

(٢) يخرج منها الحاجة الخاصة لأنها إذا أهملت لا يدخل على المكلفين على الجملة الحرج والمشقة، وفرق الشاطبي بين الحاجة والرخصة من حيث استمرار الأحكام الثابتة بكل منهما؛ فالأحكام الثابتة بالحاجة مستمرة ولا تتوقف على بقاء الحاجة، أما الرخصة فأحكامها مؤقتة ببقاء الرخصة. ينظر: الموافقات (٢٢٥/١، ٢٢٦)

(٣) ينظر: المستصفى (٢٨٩/١)، التلويح على التوضيح (١٦١/٢)، مقاصد الشريعة الإسلامية ص (٨٢)، شرح مراقبي السعود (٤٧٦/٢)، الموافقات (٩/٢) .

حيث شرعت القسامة^(١)، وضرب الدية على العاقلة^(٢)، وتضمن الصناع^(٣)، والقراض^(٤)، والمساقاة^(٥)، والسلم^(٦)، وكذلك في الجنایات^(٧).

وأما مكملات المقاصد الحاجة:

فمثالها في العبادات: الجمع بين الصلاتين في السفر فهو متمم للتوسعة والتخفيف، ومنها اعتبار الكفاءة في النكاح فهو متمم للغرض المقصود منه، ومهر المثل في الصغيرة فإنه داع إلى دوام النكاح، كذلك الإشهاد والرهن في البيع والشروط في العقود، والنهي عن الغرر والجهالة، المفضيان إلى التخاصم والتحاقد، وغتفار اليسير من الغرر للحاجة^(٨).

٣- المقاصد التحسينية: وهي التي تتطلبها مكارم الأخلاق، ويحصل بها اتباع أحسن المناهج في العادات، وبها تسير شؤون حياة الناس بأكمل الوجوه، على سبيل التحسين والتزيين وإذا فقدت لا تختل شؤون الحياة، ولا ينتاب الناس الحرج والمشقة، ولكن تستنكره العقول الراجحة، وتأنف الفطر السوية^(٩)

(١) القسامة: ما يأخذه القسام من رأس المال عن أجرته لنفسه، كما يأخذ السماسرة رسماً مرسوماً لا أجراً معلوماً، كنواضعهم على أن يأخذوا من كل ألف شيئاً معيناً، وذلك حرام، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٣٦٣).

(٢) العاقلة: هم الذين يغمون العقل، وهي الدية، والعاقلة عند أكثر الفقهاء العصبات من أهل العشيرة. وعند الحنفية: أهل الديوان لمن هو منهم، وقبيلته التي تحميه فيمن ليس منهم، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٣٠٨).

(٣) تضمن الصناع: ما ادعوا هلاكه من المصنوعات المدفوعة إليهم فاختلفوا هل يضمن أو لا، ينظر: بداية المجتهد (٣ / ٢٢٩).

(٤) القراض: يعني المضاربة: وهي أن يدفع المرء على غيره نقداً ليتجر به على أن يكون الربح بينهما على ما يتفقان عليه، وتكون الوضعية إن وقعت على صاحب المال، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٣٥٩).

(٥) المساقاة: معاقدة على دفع الشجر والكروم إلى من يصلحها بجزء معلوم من ثمرها، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٤١٢).

(٦) سبق تعريفه، ص (٢١).

(٧) ينظر: الموافقات (٢/ ٣٢٧).

(٨) ينظر: شرح مراقي السعود (٢/ ٤٨٠) بتصرف.

(٩) ينظر: المستصفى (٢/ ٢٩٠)، شرح مراقي السعود (٢/ ٤٧٦)، تيسير التحرير على كتاب التحرير (٣/ ٣٠٦).

وهذه الأمور وأمثالها كما يقول الشاطبي - رحمه الله - ^(١) : «راجعة إلى محاسن زائدة على أصل المصالح الضرورية والحاجية ؛ إذ ليس فقدانها بمخل بأمر ضروري ولا حاجي، وإنما جرت مجرى التحسين والتزيين» ^(٢).

أمثلتها:

في العبادات: شرعت الطهارات كلها، وستر العورة، وأخذ الزينة، والتقرب بنوافل الخيرات.

وفي العادات: آداب الأكل والشرب، ومجانبة المأكلة النجسات، والمشارب المستحيثات، والإسراف والإقتار في المتناولات.

وفي المعاملات: كالمنع من بيع النجاسات وفضل الماء والكأ، وما أشبه ذلك.

وفي الجهاد: كمنع قتل النساء والصبيان والرهبان وما إلى ذلك ^(٣).

ويجدر التنبيه إلى كون التحسينيات تضم الواجبات والمستحبات والمباحات والمكروهات والمحرمات ^(٤).

أما مكمل المقاصد التحسينية فمثالها:

بيان الشارع لشروط الطهارة و مندوباتها، و آداب قضاء الحاجة، والإنفاق من الكسب الطيب، وأن يحسن المسلم اختيار الأضحية والعقيقة والعق، والنهي عن الإسراف والتقتير ^(٥).

^(١) هو : أبو القاسم بن فيره بن خلف بن أحمد الرعيي ، الأندلسي الشاطبي ، له باع في فن القراءات والرسم والنحو والفقہ والحديث ، له من المؤلفات : الموافقات ، الشاطبية وغيرها ، توفي بمصر سنة ٥٩٠ هـ ، ينظر : سير أعلام النبلاء (٢١/٢٦١) .

^(٢) ينظر: الموافقات (٢/١٢) .

^(٣) ينظر: المرجع السابق.

^(٤) ينظر: مقاصد الشريعة للزحيلي في مجلة الكلية الشرعية ص (٣٢٨) .

^(٥) ينظر: المرجع السابق .

تظهر أهمية هذا التقسيم في مسائل الترجيح بين المصالح، فهي مرتبة من حيث الترجيح على النحو التالي:

الضروري ، ثم مكمل الضروري ، ثم الحاجي ، ثم مكمل الحاجي ، ثم التحسيني ، ثم مكمل التحسيني ، فإذا حصل تعارض بين مصلحتين قدم الأعلى رتبة ^(١).

وينتج عن هذا حالات منها:

١- أن تكون كلا المصلحتين في رتبة الضروري إلا أن الأولى تتعلق بحفظ الدين ، والثانية تتعلق بحفظ النفس أو ما دونها، فترجح الأولى على الثانية.

مثالها: قتل أسرى المسلمين الذين تترس بهم الكفار ليدهموا أرض المسلمين ، ويفتنوا من بقي منهم عن دينه ؛ لأن في قتلهم كسرا لشوكة الكفار، وينتج عنه المحافظة على الدين ، وهي أقوى من مصلحة حفظ النفس فرجحت عليها.

٢- أن تكون الأولى في رتبة الضروري والثانية في رتبة المكمل له فترجح الأولى على الثانية.

مثاله: الجهاد وراء الإمام الفاسق لما جاء في الحديث: (الجهاد واجب عليكم مع كل أمير برا كان أو فاجرا) ^(٢) فجهاد الكفار من أجل حفظ الدين ضروري، وتوفر العدالة في الإمام الذي نجاهد خلفه مكمل لهذا الضروري، لذا رجح ما هو في مرتبة الضروري على ما هو مكمل له، فجاز أن نجاهد وراء الفاسق.

٣- أن تكون الأولى في رتبة الضروري والثانية في رتبة الحاجي فترجح الأولى على الثانية .

مثاله: من أشرف على الهلاك ولا يوجد أمامه إلا الحرام كالميتة، فإن ترك الميتة أحل بالضروري وأهلك نفسه ، وإن تناول الميتة حافظ على الضروري على حساب الحاجي المتمثل في تناول الحلال، فيجب عليه أن يتناول الميتة بالقدر الذي يحافظ فيه على حياته.

٤- أن تكون الأولى حاجية والثانية تحسينية فترجح الأولى على الثانية.

(١) ينظر: بتصرف شرح مراقي السعود (٤٧٦/٢) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الجهاد. باب: في الغزو مع أئمة الجور. ح(٢٥٣٥)،(٣٢٥/٢). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال السيوطي: ضعيف. الجامع الصغير من أحاديث البشير النذير: (٣٣٥/١)

مثاله: الصلاة خلف الإمام الفاسق لما جاء في الحديث: (والصلاة واجبة عليكم خلف كل مسلم برا كان أو فاجرا وإن عمل الكبائر) ^(١) فصلاة الجماعة من شعائر الإسلام وهي في رتبة الحاجي، وأداؤها وراء الإمام الصالح من التحسينيات، فإذا انعدم الصالح وحل محله الفاسق تعينت صلاة الجماعة وراءه على مجموع المسلمين لا جميعهم، إقامة لهذه الشعيرة ترجيحاً للحاجي على التحسيني ^(٢).

ب- تحرير محل النزاع:

اتفق النافون للتعليل والمثبتون له على أن الشارع وضع أحكامه لعلّة وحكمة أرادها سبحانه، يتحقق فيها جلب المنافع للناس ودفع المضار عنهم. وقد اتفقوا على أن أحكام الشرع منها ما هو تعبدى محض لا يهتدى إلى حكمته، ولا يعلم له علة كعدد الركعات في الفروض، وعدد أشواط الطواف والسعي لكن الله أرادها لحكمة يعلمها، ومصلحة للعبد في الدنيا أو في الآخرة، ومنها أحكام معللة بنص من الشارع أو إجماع ^(٣) وهذا الذي اعتبره الظاهرية ^(٤) لكنهم لم يتعدوا بها إلى غيرها من الأحكام، ومنها أحكام عللها مستنبطة وهذه التي اعتبرها المثبتون للتعليل من المعتزلة ^(٥) والماتريدية ^(٦) وأهل السنة والجماعة، وأثبتوا فيها وفي العلة الثابتة بنص من الكتاب والسنة أو بالإجماع التعدي لغيرها من الأحكام عن طريق القياس.

(١) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الصلاة. باب: إمامة البر والفاجر. ح (٥٩٤)، (٢٣١/١). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال النووي: ضعفه الدارقطني؛ لانقطاعه. خلاصة الأحكام في مهمات السنن وقواعد الإسلام: (٦٩٥/٢).

(٢) ينظر: الموافقات (٣٣٠/٢) .

(٣) "والأصول التي تثبت أحكامها بنص أو إجماع كلها معللة، وإنما تخفى علينا العلة في النادر منها، والأصول هو تعليل الأصول، وإنما ترك تعليلها نادراً فصار الأصل هو العام الظاهر دون غيره" ينظر: المسودة ص (٣٩٨) .

(٤) تم تعريفها سابقاً، ص (٤٩) .

(٥) والمعتزلة: أسس منهجها: عمرو بن عبيد، وواصل بن عطاء ومن سلك سبيلهما، وسموا بذلك لاعتزالهم الجماعة بعد موت الحسن البصري وتبنى دعوتهم على خمسة أصول: العدل والتوحيد وإنفاذ الوعيد والمزلة بين المزلتين والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، ينظر: الملل والنحل (٥٦/١)، الفرق بين الفرق ص (٨) .

(٦) الماتريدية: مؤسسها: أبو منصور محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي، متكلم أصولي نسبته إلى ماتريد بسمرقند، إليه تنتسب الماتريدية في العقائد، ومنهجهم في ذلك يقوم على: أولاً: مصدرهم في التلقي في الإلهيات والنبوات هو العقل، ثانياً: أن معرفة الله واجبة بالعقل قبل ورود السمع، ثالثاً: القول بالتحسين والتقبيح العقليين، رابعاً: القول بالخاز في اللغة والقرآن والحديث، خامساً: التأويل والتفويض، سادساً: القول بعدم حجية أحاديث الآحاد في العقائد، ينظر: الماتريدية دراسة وتقويم، ص (٥١٣ - ٥١٧) .

واختلف أهل السنة فيما بينهم من حيث الأصل في تعليل نصوص الكتاب والسنة، فالحنابلة على أن الأصل في النصوص أن تكون معللة إلا لمانع من نص أو إجماع، والشافعية على أنها معللة بأحد أوصافها لا بأكملها، ولا بكل واحد منها بل لا بد من دليل يميز العلة المؤثرة عن غيرها، والأحناف على أن النص معلّل في حال تعدي العلة إلى غيرها.

أما الأشاعرة^(١) فإن إنكارهم للتعليل لا يدل على إنكارهم لمقاصد الشريعة، لأن التعليل الذي أنكروه إنما هو التعليل بالعرض، فعندهم أفعال الله لا تعلل بالأغراض لأنه سبحانه غير محتاج إلى شيء من خلقه، والمقاصد ليست تعليلًا بالأغراض، وإنما هي تعليل بالحكم والمعاني التي راعاها الله -جل وعلا- عندما شرع شرائعه، وهذا من كمال حكمته سبحانه ورحمته بخلقهم.

وقد أجمعوا على إنكارهم للعلل مع إثباتهم أن الشريعة إنما شرعت لمصالح العباد، وقد قالوا: إن أفعال الله لا تعلل، لكنهم قالوا جميعاً بالقياس، والقياس لا يمكن أن يتم إلا بعلة، وهذا التناقض الظاهر في كلامهم فسرّه البوطي بقوله: "قولهم في الأصول: أحكام الله مشروعة لمصالح العباد، وقولهم في علم الكلام: أفعال الله لا تعلل، غير واردين على مراد واحد لهم بالعلة، فالعلة التي يتحدثون عنها في علم الكلام هي العلة العقلية"^(٢)، التي يطمح الفاعل لتحقيق نفع يعود إليه، والعلة في علم أصول الفقه، هي الوصف الذي هو مظنة الحكمة، وهي المصلحة التي تعود على المكلفين^(٣).

ج- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها :

الخلاف في هذه القاعدة يدور حول الأحكام الشرعية هل شرعها الله لمصالح تجلبها أو مفسد تدفعها، أم أنها لا تحوي مصالح ولا مقاصد؛ وإنما شرعت للتعبد بها فقط دون حكمة أو علة، وهذا يجزئنا للحديث عن تعليل الأحكام الشرعية والخلاف القائم فيها.

(١) الأشاعرة: نسبة لأبي الحسن الأشعري، وهي عقيدته المتوسطة إذ قد مر بثلاث مراحل في الاعتقاد، وهم يشبّهون

بعض الصفات الخيرية، وينفون قيام الأفعال الاختيارية بالرب، وأشهر أئمتهم: الباقلاني، والجويني، وغيرهم.

ينظر: الملل والنحل (١٠٦/١)، مجموع الفتاوى (٢٥١/٥)، (٥٣/٦).

(٢) ينظر: ضوابط المصلحة للبطي ص (٧٤، ٩٦).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

وقد اختلف علماء الأصول في تعليل الأحكام على قولين:

القول الأول:

قول النافين لتعليل الأحكام الشرعية، فقد قالوا بأن نصوص الكتاب و السنة غير معلقة في الأصل ما لم يقم الدليل على تعليل حكم منها^(١).

وقد قال بهذا القول الظاهرية^(٢)، فرأي ابن حزم^(٣) يستبان بقوله: " لا يفعل الله شيئا من الأحكام أو غيرها لعل لأصلا بوجه من الوجوه، فإذا نص الله أو رسوله على أمر كذا لسبب كذا، أو لأجل كذا، أو لأن كان كذا أو لكذا، فإن ذلك كله ندري أنه جعله أسبابا لتلك الأشياء في تلك المواضع التي جاء بها النص فيها، ولا توجب تلك الأسباب شيئا من تلك الأحكام في غير تلك المواضع البتة"^(٤)،^(٥).

فابن حزم أبطل التعليل بالعلة القياسية وبالسبب، ولم ينكر وجود أسباب ومسببات نصبها الشارع لكن لا يكون إثباتها إلا عن طريق الشرع^(٦).

أما داود الظاهري^(٧) فقد أنكر القياس لكنه لم ينكر القياس الجلي المعلل بالنص وسماه استدلالا^(٨)، وقيل: لم ينكر القياس في المعاملات إنما في العبادات^(٩).

(١) ينظر: أصول السرخسي (١٤٤/٢)، كشف الأسرار عن أصول البزدوي (٤٣١/٣)، الأسرار في الأصول والفروع في تقويم أدلة الشرع (٢٢٣/٢).

(٢) تم تعريفه سابقا، ص (٤٩).

(٣) علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الظاهري، أبو محمد، عالم الأندلس في عصره، كان فقيهاً حافظاً يستنبط الأحكام من الكتاب والسنة بعد أن كان شافعي المذهب، انتقد كثيراً من الفقهاء فتمالأوا على بغضه وأجمعوا على تضليله وحذروا سلاطينهم منه فأقصوه وطاردوه وأوذى كثيراً فرحل إلى بادية لبلة، من بلاد الأندلس، وتوفي فيها سنة ٤٥٦هـ، ومن مصنفاته: "المحلى" و "الإحكام بأصول الأحكام" و "الفصل في الملل والنحل" و "طوق الحمامة" و "فضائل الأندلس" و "مداواة النفوس" و "جمهرة الأنساب" وغيرها.

ينظر: وفيات الأعيان (١٣/٣)، الفتح المبين (٢٤٣/١)، شذرات الذهب (٢٩٩/٣).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٩٣، ٧٦/٧).

(٥) قال به أيضا المحبوبي ينظر: التوضيح شرح التنقيح (٣٧٦/٢).

(٦) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٩٩/٨، ١٠٢، ١٠٣).

(٧) داود بن علي بن خلف الظاهري، كان أكثر الناس تعصبا للإمام الشافعي ثم صار صاحب مذهب مستقل، من مؤلفاته "الكافي في مقالة المطلبي" و "إبطال القياس" و "اعلام النبي"، توفي سنة ٢٧٠هـ (ينظر: وفيات الأعيان

(٢٦/٢)، وطبقات الفقهاء ص (٩٢) ..

(٨) ينظر: جمع الجوامع (٢٠٤/٢).

(٩) فواتح الرحموت (٣١١/٢).

وكذلك قال به النظام^(١)، كما قال به الأشاعرة^(٢).

أدلتهم:

١- لم نجد أحداً من الصحابة أو التابعين علل حكماً بعلّة مستخرجة يجعلها علامة للحكم ثم يقيس عليها ما وجد تلك العلة فيه، مما لم يأت في حكمه نص، إنما هو قول أصحاب الشافعي، وأبي حنيفة، ومالك -رحمهم الله-^(٣).

٢- لو كان فعله تعالى لغرض، لكان ناقصاً بذاته مستكملاً بغيره، وهو تحصيل ذلك الغرض، إذ أنه لا يصلح غرضاً للفاعل إلا ما هو أصلح له من عدمه، فيكون قد كمل بعد نقصان بتحقيق ذلك الغرض، وهو محال على الله.

ورد هذا الدليل أن الغرض في أفعاله عائد إلى عباده لا إلى ذاته؛ فالاستكمال بأفعاله لهم لا له -عز وجل-^(٤).

(١) لكنه استدلل بدليل شاذ يقوم على "أن مدار هذا الشرع على الجمع بين المختلفات والفرق بين المتماثلات، وذلك يمنع من القياس في الشرع، فمدار القياس على أن صورتين إذا تماثلتا في العلة والحكمة والمصلحة، وجب استواءهما في الحكم، وهذا ممتنع بهذه المقدمة فثبت بطلان القياس، ومثل لمقدمته بجعل الشارع للتراب طهوراً مع أنه ليس بغسل، وأوجب الغسل من المني والرجيع أنتن منه، ونهي عن إرسال السبع على مثله وأقوى منه ثم أباح إرساله على البهيمة والضعيفة، ونقص من صلاة المسافر الشطر وترك ما كان ركعتين، وأسقط الصلاة والصوم عن الحائض ثم أوجب القضاء على الصوم دون الصلاة، وجعل الحرة القبيحة تحصن والمائة من الجوازي الحسان لا تحصن، وحرم النظر على شعر العجوز الشوهاء مع أنها لا تفتن الشاب، وأباح النظر إلى محاسن الأمة الحسناء مع أنها تفتن الشيخ" ينظر: الحصول (٥٠/٥)، المستصفى (٢٦٤/٢)، المعتمد (٧٤٦/٢)، التبصرة (٤٢٣/٥)، نهاية السؤل (١٥/٣)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٩/٤)، إعلام الموقعين (٤٣/٢).

(٢) الأشاعرة فريقان: الرازي والبيضاوي، قالوا بتعليل الأحكام فيما سنه الله من شرع، لكنهم نفوا التعليل في التوحيد بإثبات صفات الكمال لله ونفي النقص عنه، وسموه في التوحيد "باعثاً" وفي الأصول معرفاً، وقالوا بأن: العلة غير الباعث فهي الوصف المعروف للحكم، وقالوا: لا يجب تعليل أحكام الله فאלله يفعل ما يشاء، أما الغزالي والآمدي: فالعلة عندهم هي الباعث والمؤثر على تشريع الحكم؛ أي إنها المشتملة على حكمة للشارع، فهم يقولون بتعليل الأحكام، فقد قال الغزالي: "فإن الأصول تنقسم إلى ما يعلل وما لا يعلل" ينظر: منهاج الوصول ص (٥٧)، جمع الجوامع (٢٣١/٢)، الحصول (١٩٠/٥)، نهاية السؤل (١٥٢، ١٥٠/١)، المسودة ص (٦٥)، جمع الجوامع (٢٣٢/٢)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٨٨/٣)، ضوابط المصلحة ص (٩١، ٩٦)، شفاء الغليل ص (٢٣).

(٣) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١١٧/٧).

(٤) ينظر: المرجع السابق.

وأجاب الأشاعرة: بأن نفع عباده إن كان أولى به سبحانه فقد تفرغ عنه غرض عائد إليه، وهو نفس المحال المذكور، وإن تساوى النفع والعدم لم يكن ذلك غرضاً.

وقال أهل السنة فيها بالتسليم بأنه تعالى ليس ناقصاً في ذاته، ولا مستكملاً بغيره في ذاته أو صفاته ؛ ولكن اللازم حصول كمالات ناشئة من جهة الفعل، والحكمة من صفات الباري، وثبوت الحكمة يستلزم عدم النقص، ولا امتناع في التعليل عن هذا ؛ فإن كونه تعالى محسناً إلى الممكنات من جملة صفات الكمال^(١).

وقد أجاب ابن القيم^(٢) - رحمه الله - بستة عشر جواباً، منها:

- إذا كان القول الذي يلزم النقص بذاته مستكملاً بغيره، هو الحكمة التي يجب وجودها إنما حصلت له من شيء خارج عنه فهو باطل، وإذا كان هو الحكمة نفسها وهو مستكمل بها، فتلك الحكمة صفته سبحانه، فثبوت حكمته لا يستلزم استكمالها بغير منفصل عنه.
- إذا كان الخالق يفعل لأجل أمر هو أحب إليه من عدمه كان اللازم حصول مراده، لأنه هو الكامل حقاً.
- أن إثبات الحكمة كمال، والأمة مجمعة على نفي النقص على الله سبحانه وتعالى، فلو كانت أفعاله معطلة عن الحكم والغايات المحمودة لزم النقص وهو محال.
- أن نفي التعليل ووجوده بالنسبة إلى الله سواء فلا بد من تجويز أن يفعل لحكمة منفصلة.
- العقل الصريح يقضي بأن لا حكمة لفعله ولا غاية يقصدها به أولى بالنقص ممن يفعل لحكمة كانت معدومة ثم صارت موجودة في الوقت الذي اقتضت حكمته إحداث الفعل فيه.
- أن نفي الحكمة والعلة والغاية عن فعل أحكم الحاكمين نفي لفعله الاختياري في الحقيقة وذلك أنقص النقص^(٣).

٢- أن العلة إن كانت قديمة لزم من قدمها قدم الفعل، وهو محال، وإن كانت محدثة افتقرت علة أخرى، ولزم التسلسل وهو مراد كل شيء صنعه ولا علة لصنعه^(٤).

(١) ينظر: شرح الكوكب المنير (٣١٥/١)، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٣٨/٨)، ضوابط المصلحة ص (٨٩)

(٨٩)، الحصول (١٨٥/٥)، شفاء العليل ص (٢٠٦-٢٠٩)، فواتح الرحموت (٢٦١/٢) .

(٢) تم التعريف به سابقاً، ص (٤٤) .

(٣) شفاء العليل ص (٢٠٦-٢٠٩) بتصرف.

(٤) ينظر: شرح الكوكب المنير (٣١٥/١)، الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (١١٤٨/٢)، الحصول (١٧٩/٥) .

وأجيب أن القول "لو كانت قديمة لزم قدم الفعل" غير مسلم إذ لا يلزم من قدمها قدم المعلول كالإرادة القديمة، و متعلقها حادث، ولو كانت حادثة لم تفتقر إلى علة أخرى^(١).

والجواب عن التسلسل أنه تسلسل في الحوادث المستقبلية لا في الحوادث الماضية، فإنه إذا فعل فعلا لحكمة كانت الحكمة حاصلة بعد الفعل، فإذا كانت تلك الحكمة يطلب منها حكمة أخرى بعدها كان تسلسلا في المستقبل، والتسلسل في المستقبل جائز عند جماهير المسلمين^(٢).

وقد أجاب ابن القيم^(٣) - رحمه الله - بعشرة أجوبة منها:

- لا يخلو إما أن يكون العقل قديم العين أو قديم النوع، أو لا يمكن واحد منهما، فإن أمكن أن يكون قديم العين أو النوع، أمكن في الحكمة التي يكون الفعل لأجلها، أن تكون كذلك، وإن كانت عكس ذلك فيقال: إذا كان فعله حادث العين أو النوع كانت الحكمة كذلك، فالحكمة يحدى بها حذو الفعل، فما جاز عليه جاز عليها، وما امتنع عليه امتنع عليها.
- أن الله إذا خلق شيئا فلا بد من وجود لوازمه ولا بد من عدم أضداده، فوجود الملزوم بدون لازمه محال، ووجود الضد مع ضده ممتنع، والمحال الممتنع ليس بشيء، وإذا كان هذا هو التسلسل الجائر، من لوازم خلقه وحكمته لم يكن في القول محذور، بل كان المحذور في نفيه.
- قول النفاة بأن قدم العلة يلزم قدم المعلول، مردود بالإرادة، فإنها قديمة ولا يلزم من قدمها قدم المراد.
- لو لم يكن فعل الله لحكمة وغاية لم يكن مريدا؛ فإن المريد لا يعقل كونه مريدا إلا إذا كان يريد لغرض و حكمة، فإذا انتفت الحكمة والغرض انتفت الإرادة.
- إذا لم يقم دليل عقلي ولا سمعي على امتناع دوام أفعال الرب في الماضي والمستقبل فكل أدلة النفاة باطلة من أولها إلى آخرها^(٤).

٤- أن الله لو فعل فعلا لغرض، فإن كان قادرا على تحصيله بدون ذلك الفعل، كان توسطه عبثا، وإلا لزم العجز وهو ممتنع، ولأن ذلك الغرض مشروط بالوسيلة، لكنه باطل لحصول الأغراض بعد انقضاء الوسائل، فيمتنع الاشتراط.

(١) ينظر: شرح الكوكب المنير (٣١٥/١)، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٣٨/٨) .

(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٣٨/٨)، منهاج السنة (٣٧/١)، شفاء العليل ص (٢٩) .

(٣) تم التعريف به سابقا، ص (٤٤) .

(٤) شفاء العليل (٢٠٩ - ٢١٣) بتصرف، ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٨٤ / ٨)، المحصول (١٧٩/٥)

وأجيب عنه: أن المقصود من الغرض هو العلة ، ولا نسلم لزوم العبث ، فالقدرة على الفعل بدون توسط السبب لا يقتضي عبث الفعل ، وإلا لزم أن تكون الأحكام كلها عبثاً ، لأن الله قادر على إيصال الثواب بدون توسطها ، ولا يلزم من كون الشيء مما يقدر عليه ، أن تكون الحكمة المطلوبة لوجوده يمكن تحصيلها مع عدمه .

وقول النفاة إنه إن لم يقدر على تحصيله لزم العجز ، ممنوع لأن العجز يحصل لو لم يقدر على التحصيل إلا بهذا الفعل ، وهذا مما لم يقل به أحد ، والله فاعل لجميع الأشياء ابتداء^(١).

٤- أن النص موجب للحكم بصيغته لا بعلته ؛ إذ العلل الشرعية ليست من مدلولات النص ، وبالتعليل ينتقل الحكم من الصيغة إلى العلة التي هي من الصيغة بمتزلة المجاز من الحقيقة فلا يصار إليه إلا بدليل . وأيضاً التعليل إما بجميع الأوصاف وهو محال ؛ لأن المقصود هو التعدية ، ويمتنع وجود جميع أوصاف الأصل في الفرع ضرورة التباين والتمايز في الجملة ، وإما بالبعض وهو أيضاً باطل لأن كل وصف عينه المجتهد محتمل للعلية وعدمها ، والحكم لا يثبت بالاحتمال فلا بدّ من دليل يرجح البعض.

فإن قيل: هاهنا قسم آخر هو التعليل بكل وصف . قلنا: إما أن يراد كل وصف على الإطلاق فيستلزم تعدية الحكم إلى جميع المحال إذ ما من شئين إلا وبينهما مشاركة ما في وصف ما ، أو يراد كل وصف صالح للعلية وإضافة الحكم فيفضي إلى التناقض: أي التعدية وعدمها؛ لأن بعض الأوصاف متعدد وبعضها قاصر^(٢).

(١) ينظر: شرح الكوكب المنير (٣١٦/١) ، ضوابط المصلحة ص (٨٩) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية

(٨١/٨) ، المحصول (١٧٩/٥) .

(٢) ينظر: كشف الأسرار للبخاري (٣٣٤/٣) .

القول الثاني:

قول المشتبين لتعليل الأحكام، وقد رأوا أن الأصل في نصوص الكتاب والسنة تعليل الأحكام فيهما. وقد قال به المعتزلة^(١)، و الماتريدية^(٢)، وأهل السنة والجماعة^(٣).

أدلة المشتبين:

١- استقراء أدلة الكتاب والسنة يدل على أنها ترجع جميعاً إلى حفظ الضروريات الخمس، وقد علق الشاطبي - رحمه الله -^(٤) عن ذلك بقوله: "وعلمها عند الأمة كالضروري، ولم يثبت لنا ذلك بدليل معين، ولا شهد لنا أصل معين يمتاز برجوعها إليه، بل علمت ملاءمتها للشرعية بمجموعة أدلة لا تنحصر في باب واحد"^(٥).

٢- جاءت أحكام الشريعة رحمة للعالمين كقوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ [الأنبياء: ١٠٧]، والرحمة تقتضي أن تكون الأحكام لحكمة ومصلحة، وإلا لكان التكليف محض تعب، والله ليس محتاجاً لعبادة أحد من خلقه^(٦).

(١) قالوا: كل شيء لعله، وهي الباعث للشارع على شرع الحكم، والأحكام تتضمن اشتغال الأفعال على الحكم والمصالح وجوبا. ينظر: شرح الكوكب المنير (٣١٢/١)، ضوابط المصلحة ص (٥٥)، المحصول (١٧٩/٥)

وقد تم التعريف بالمعتزلة سابقا، ص (١٠٣).

(٢) ينظر: كشف الأسرار لليزدوي (١٧٣/٤)، التوضيح شرح التنقيح (٣٧٤/٢)، وقد تم التعريف بالماتريدية سابقا، ص (١٠٣).

(٣) اتفق الماتريدية مع أهل السنة والجماعة على أن الله خلق الخلق لحكمة وقصد، وأن أحكامه للبشر معللة هذه العلل قد يعلمها بعض الناس وقد لا يعلمها كما أن بعض الأمور التعبدية تخلو من العلل التي ندرناها لكن هذا لا يمنع أن الله وضعها لحكمة. ينظر: الموافقات (٦/٢)، إعلام الموقعين (١٤/٣)، المسودة (٦٤)، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٣٨/١، ١٦٤)، (٨١/٨)، (٣٤٤/١١)، (٤٨/٢٠)، كشف الأسرار لليزدوي (١٧٣/٤)، التوضيح شرح التنقيح (٣٧٤/٢).

(٤) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١).

(٥) الموافقات (٣٨/١)، ينظر: المستصفى (٢٥١/٢، ٢٥٣)، التقرير والتحجير (١٤٤/٣)، الإحكام شرح

الأحكام للآمدي (٢٧٤/٣)، شرح تنقيح الفصول ص (٣٩٢)، البحر المحيط (٢٠٩/٥)، مسلم الثبوت

(٢٦٢/٢)، مراقي السعود مع نشر البنود (١٧٧/٢)، تشنيف المسامع ص (١١٥)، مقاصد الشريعة

الإسلامية لابن عاشور ص (٨٠).

(٦) ينظر: شفاء العليل ص (١٩٠-٢٠٢)، ضوابط المصلحة ص (٧٥).

٣- التصريح بلفظ الحكمة في القرآن الكريم كقوله تعالى: ﴿حِكْمَةٌ بَالِغَةٌ فَمَا تُغْنِ النُّذُرُ﴾ القمر: ٥، وقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ﴾ [النساء: ١١٣] ، والحكمة لا يمكن أن تكون حتى أن توصل للغايات الحمودة والمطالب النافعة، فلو لم تكن الأحكام لعل لما كانت هناك حاجة لإرسال الرسل وإنزال الكتب، ولما كان كلام الشارع حكمة وفضلا عن أن تكون بالغة^(١).

٤- إنكاره سبحانه أن يسوى بين المختلفين أو يفرق بين المتماثلين ، وأن حكمته وعدله يأبى ذلك، قال تعالى: ﴿أَفَنَجْعَلُ الْمُسْلِمِينَ كَالْجَرِمِينَ﴾ [٣٦، ٣٥] ، والقرآن مملوء بمثل هذا ، يخبر تعالى أن حكم الشيء في حكمته وعدله حكم نظيره ومماثله ، وضده حكم مضاده ومخالفه^(٢) .

٥- أمر سبحانه بالتدبر في كلامه والتفكر فيه، ولولا ما تضمنه من الحكم والمصالح والغايات المطلوبة الحميدة التي هي محل الفكر لما كان للتفكر أي معنى، وإنما دعاهم للتدبر ليطلعوا على حكمة الله البالغة، وما فيه من الغايات والمصالح الحمودة^(٣).

٦- أخبر الله تعالى أن حكمه أحسن الأحكام، وتقديره أحسن التقادير، ولولا مطابقة ذلك للحكمة والمصلحة المقصودة، لما كان كذلك لقوله تعالى: ﴿وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا﴾ [فصلت: ٣٣] ، وقوله: ﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾ [المؤمنون: ١٤] .

٧- أن تعطيل الحكمة والغاية المطلوبة بالفعل، إما أن يكون لعدم علم الفاعل بها أو تفاصيلها، وهذا محال في حق من هو بكل شيء عليم، وإما لعجزه عن تحصيلها وهذا في حق من هو على كل شيء قدير، وإما لعدم إرادته ومشيئته للإحسان وهو مستحيل في حق أرحم الراحمين ، ونفي الحكمة بمتزلة نفي هذه الأوصاف عنه، وذلك يستلزم وصفه بأضدادها^(٤).

٨- أن هذا الوجود شاهد بحكمة الله وعنايته بخلقه والمخلوقات تشهد بالحكم والمصالح والمنافع والغايات المطلوبة والعواقب الحميدة، فكيف يجيز أحد أن يظن برب العالمين وأحكم الحاكمين أن يشرع أحكاما لغير غاية ولا سبب ولا حكمة، وإنما هو محض المشيئة^(٥).

(١) ينظر: شفاء العليل ص (١٩٠) .

(٢) ينظر: المرجع السابق ص (١٩٩) .

(٣) ينظر: المرجع السابق ص (٢٠٤) .

(٤) ينظر: المرجع السابق ص (٢٠٥) .

(٥) المرجع السابق ص (٢٠٦) .

٩- أن إبطال التعليل إبطال للفقہ والشرع جملة، فكيف يمكن لفقيه التكلم بالفقہ مع اعتقاد بطلان الحكمة والمناسبة والتعليل، وقصد الشارع بالأحكام ومصالح العباد، وجناية هذا القول على الشرائع من أعظم الجنايات، والعقلاء لا يمكنهم إنكار الأسباب والحكم والمصالح والعلل الغائية^(١).

١٠- تعليل الصحابة والتابعين لأحكامهم لا يتطرق الشك إليه سواء أثبتوا الأحكام على العلل المستنبطة أو المنصوبة، ولقد عللوا بالمصلحة والضرورة والحاجة ودفع الضرر، وأثبتوا أحكاما لم تكن موجودة^(٢).

د- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

أحكام النوازل عموما من أخص ما يحتاج فيه لإعمال دور المقاصد الشرعية في تحديد الأحكام ذلك لأن الشارع عندما أقر أحكامه لمقاصد، جعل للأمة ما تستند عليه في اعتبار المصالح والمفاسد، هذا الانضباط للحكم الشرعي مع مقصده خاصة مع المستجدات المتسارعة يعين على التيسير على الناس خاصة في شؤون أموالهم، لكن إعمال الضروري في مكانه، والحاجي في مكانه، والتحسيني في مكانه، هذا ما ينبغي الحرص عليه، والتعويل عليه، لأن تفاوت الدرجات بينهم يثبت لكل منهم قوة في الحكم تختلف عن الأخرى، وعند التطبيق على النوازل ومنها العقود المالية المستجدة يجب التنبيه لهذا التفاوت بينهم في القوة، وعلى هذا الاعتبار يكون حكم الضرورة المرخص فيه لحال معين يعرض على فرد، يختلف عن عموم الحاجة التي ستعم الناس ويستمر الحكم برخصتها.

فالقائلين بجواز عقد التأمين التجاري، استدلوا على جوازه بأن عقد التأمين أصبح اليوم ضرورة اجتماعية، يقرها العقل^(٣)، وقد أجاب المحرمين له عن ذلك بأنه مردود من جهة؛ لأن المصلحة من عقد التأمين التجاري، والحاجة إليه، ليست من الضرورات، خاصة وأن التأمين التعاوني يعتبر بديلاً خلا من كثير من المخطورات الموجودة في عقد التأمين التجاري، ومن جهة أخرى؛ لأن عقود التأمين التجاري فيها جهالة، و غرر، وقمار، و ربا، فكانت مما شهدت الشريعة بإلغائه لغلبة جانب المفسدة فيه على جانب المصلحة، والتأمين التجاري من عقود المعاوضات وهي عقود يحرم فيها

(١) ينظر: المرجع السابق (٢٠٥).

(٢) ينظر: ضوابط المصلحة ص (٩٠).

(٣) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة، ص

الغرر والجهالة إلا ما كان يسيرا غير فاحش ، أو تابعا غير مقصود أو دعت إليه ضرورة معتبرة شرعا ،
أما عقود التبرعات فيغتفر فيها ما لا يغتفر في المعاوضات ^(١) .

والتأمين التعاوني يحقق انسجاماً مع مقاصد الشريعة التي تدعو إلى التكافل الاجتماعي
على أساس التبرع ، فالمقصد فيها ليس تحقيق الأرباح إنما ترميم المصائب التي تنزل بالموظفين
والعمال ^(٢) .

^(١) ينظر: المرجع السابق بتصرف ، ص (٢١٩) .

^(٢) ينظر: المرجع السابق ، ص (٢٢٢) .

المطلب الثاني

قاعدة: الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة^(١).

أ- التعريف بالقاعدة:

قصد بالضرورة: الحالة الملجئة إلى ما لا بد منه.

أما الحاجة: فهي الحالة التي تستدعي تيسيرا أو تسهيلا لأجل الحصول على المقصود .

فهي دون الضرورة من هذه الجهة^(٢).

والمصالح الحاجية تجري مجرى المصالح الضرورية في إباحة المحظورات تحقيقا لها^(٣).
فالحاجة سبب من أسباب مشروعية الأحكام الاستثنائية من إباحة المحرم وترك الواجب ونحو ذلك ،
شأنها في ذلك شأن الضرورة، لكن ليس المقصود تنزيلها على سبيل العموم والإطلاق بحيث تكون
الحاجة كالضرورة دائما ؛ لأنه لو كان الأمر كذلك لما كان بينهما فرق مؤثر ، ولكانا يدلان على
حقيقة واحدة، وإنما المقصود مشابهة الحاجة للضرورة في كونها سببا لمشروعية الأحكام الاستثنائية ،
فهي تثبت حكما كالضرورة ، "فاعتبار الحاجة في تجويز الممنوع كاعتبار الضرورة في تحليل المحرم"
(٤).

فالحاجة كالضرورة تبيح ما أصله الحظر ؛ لكن يفترقان في كون الحاجة تبيح إباحة مستمرة،
والضرورة تبيح إباحة مؤقتة بمدة قيام الضرورة، إذ الضرورة تقدر بقدرها^(٥).

وإنما يكون اعتبار الحاجة: " فيما ورد فيه نص يجوز، أو تعامل لم يرد فيه نص يمنعه ، أو لم
يرد فيه شيء منهما ؛ ولكن لم يرد فيه نص يمنعه بخصوصه ، وكان له نظير في الشرع يمكن إلحاقه به ،

(١) تنوعت صياغة الفقهاء والأصوليين للقاعدة ، ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٠٠) ، الأشباه والنظائر
للسيوطي ص (١٧٩) ، غمز عيون البصائر للحموي (٢٩٣/١) ، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص (٢٠٩) ،
المدخل الفقهي العام (٩٩٧/٢) ، رفع الحرج لابن حميد ص (٢٠٩-٢١٧) ، الرخص الفقهية للرحموني ص (٤٥٩) ،
البرهان (٦٠٦/٢) ، غياث الأمم (٢١٩-٢٣٤) ، شفاء الغليل ص (٢٤٦) ، قواعد الأحكام (٣٧٠/٢) ،
المنثور للزركشي (٢٤/٢-٢٥) ، الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٧٠/٢) ، الأشباه والنظائر
للسيوطي ص (٨٨) ، نظرية المصلحة حامد الحسان ص (٥٩٥-٥٨٨) ، رفع الحرج عدنان جمعة ص (٢٥٤)

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٢٠٩ - ٢١٠) .

(٣) ينظر: القواعد المستخرجة من إعلام الموقعين ص (٣١٧) .

(٤) ينظر: الحاجة وأثرها في الأحكام (٥٢٨/٢) .

(٥) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٢٠٩ - ٢١٠) .

وجعل ما ورد في نظيره واردا فيه ، وكان فيه نفع ومصلحة ، وأما ما ورد فيه نص يمنعه بخصوصه فعدم الجواز فيه واضح ولو ظنت فيه المصلحة لأنها حينئذ وهم " (١).

والحاجة قسمان:

١- الحاجة العامة:

هي التي يكون الناس جميعا محتاجين إليها فيما يمس مصالحهم العامة من زراعة وصناعة وتجارة وسياسة عادلة وحكم صالح ، فهي لا تختص بفرد معين ، ولا بطائفة معينة ، ولا بمكان محدد (٢) .

ولا يشترط لصحة العمل بها تحققها في كل فرد معين يريد العمل بها ، وإنما هي جائزة للجميع المحتاج وغيره ، لذلك لم يشترط في العقود التي جازت مراعاة حاجة الناس العامة أن يكون الشخص محتاجا لها ، فيجوز له أن يقترض وإن لم يكن محتاجا ، وأن يستأجر وإن كان قادرا على التملك ، فهي تثبت أحكاما مستمرة ودائمة ، ولا يؤثر فيها بقاء الحاجة أو زوالها (٣).

أمثلتها:

١- الإجارة جائزة بالنص على خلاف القياس ؛ فهي ترد على المنافع ، والمنافع معدومة ، وتمليك المعلوم قبل وجوده مستحيل ، ولا يمكن جعل العقد فيها مضافا لزمن وجود المنفعة ؛ لأن التمليكات لا تقبل الإضافة لحاجة الناس العامة إليها (٤) .

٢- الجعالة (٥) جائزة رغم أن فيها جهالة.

٣- الحوالة (٦) جائزة رغم كونها من بيع الدين بالدين (٧).

(١) شرح القواعد الفقهية للزرقا (٢٠٩ - ٢١٠) .

(٢) ينظر: البرهان (٦٠٦/٢) ، شفاء العليل ص (٢٤٦) ، المدخل الفقهي العام (٩٧٧/٢) ، نظرية الضرورة

للزحيلي ص (٢٦٢) ، رفع الحرج بن حميد ص (٢٠٩) ، نظرية المصلحة لمحمد حسان ص (٥٩٦) .

(٣) ينظر: الحاجة وأثرها في الأحكام ص (١١٠-١١١) .

(٤) ينظر: المنشور للزركشي (٢٥/٢) ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٧٩) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (

١٠٠) ، شرح القواعد الفقهية ص (٢١١) .

(٥) سبق تعريفه ، ص (١٥) .

(٦) حوالة : نقل الدين من دمة إلى دمة أخرى ، فتنقل الحق من دمة المحيل إلى دمة المحال عليه ، ينظر : معجم

المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (١٨٧) .

(٧) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٧٩) .

- ٤- دخول الحمام جائز مع جهالة المكث والماء المستعمل للحاجة^(١).
- ٥- بيع الوفاء^(٢) : فهو من قبيل الربا لأنه انتفاع بالعين بمقابلة الدين، أو صفقة مشروطة في صفقة، لكن لما مست الحاجة إليه في بخارى بسبب كثرة الديون جوز على وجه أنه رهن أبيح الانتفاع به والرهن هكذا جائز^(٣).
- ٦- ضمان الدرك^(٤) جائز بالإجماع مع أنه على خلاف القياس للحاجة إليه، لأن الكفالة من جهة المطلوب (المكفول عنه) بمثلة البيع؛ لأنها تملكه حق مطالبة الكفيل، فتستدعي التنجيز كسائر التمليكات، فهي كفالة مضافة، والقياس يأبأها لأنها تمليك للطالب، والتمليكات لا تقبل الإضافة^(٥).
- ٧- الاستصناع^(٦) جائز مع أنه بيع معدوم لكن جوزوه استحسانا للحاجة^(٧).
- ٨- الاستقراض^(٨) بالربح يجوز للمحتاج^(٩).
- ٩- الاستئجار على الطاعات يجوز؛ كالإمامة، وتعليم القرآن، والفقهاء^(١٠).
- ١٠- بيع الثمار التي تتلاحق في الظهور للحاجة مع أنها من بيع المعدوم^(١١).

(١) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص (١٠٠)، شرح القواعد الفقهية ص (٢١٢).

(٢) سبق تعريفه، ص (٢٢).

(٣) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص (١٠٠)، شرح القواعد الفقهية ص (١٥٦)، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٦)، المدخل الفقهي العام (٩٨٨/٢).

(٤) ضمان الدرك: الكفالة برد الثمن للمشتري عند استحقاق المبيع، بأن يقول: تكفلت أو ضمنت بما يدركك في هذا المبيع، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٢٩٦).

(٥) ينظر: المنثور للزركشي (٢٥/٢)، الأشباه والنظائر السيوطي ص (١٧٩)، الأشباه لابن النجيم ص (١٠٠)، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٦)، شرح القواعد الفقهية ص (٢١١).

(٦) سبق تعريفه، ص (٢٦).

(٧) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص (١٠٠)، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٦)، رفع الحرج لابن حميد ص (٢١٢)، شرح القواعد ص (٢١٢).

(٨) المضاربة بمال على أن له نسبة من الربح، ويضمن ذلك، ينظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر (٢٩٤/١).

(٩) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص (١٠٠)، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٧).

(١٠) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٢١٧).

(١١) ينظر: المدخل الفقهي العام ص (٩٩٨/٢)، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٣).

١١- السلم^(١) ، ونظيره في عصرنا الاكتتاب في الجرائد والمجلات والدوريات قبل الإنتاج جائز، وهو على خلاف القياس^(٢).

١٢- استتجار الظئر^(٣) للإرضاع جائز على القول بأن العقد يرد على اللبن ، والخدمة تثبت تبعا، فالقياس يأباه لأنه وارد على استهلاك العين ، والإجارة إذا وردت على استهلاك الأعيان لا تجوز^(٤).

١٣- الوصية جائزة، وهي تمليك يضاف لما بعد الموت ، وبالموت ينتقل الملك للوارث فلم يبق ملك

المورث بعد الموت ليملك تملكه للغير لكن جوزت بالنص للحاجة^(٥).
بالجملة فإن كل ما جاء على خلاف القياس إنما كان للحاجة إليه^(٦).

٢- الحاجة الخاصة:

هي التي يحتاج إليها فئة من الناس كأهل مدينة معينة ، أو أرباب حرفة محددة^(٧) ، أو يحتاج إليها فرد أو أفراد محصورون^(٨).

يشترط تحققها في كل فرد من الأفراد من أجل جواز العمل بها، ولا تجوز إلا للمحتاج ، أما غير المحتاج فهو باق على الحكم الأصلي، فلا بد من أن تتحقق فيمن يريد العمل بها، ولا يكتفى بوجود مظنتها، لأن فيها مخالفة للنصوص الشرعية الخاصة، وما كان كذلك لابد فيه من التأكد، فهي من

(١) سبق تعريفه ، ص (٢١) .

(٢) ينظر: الأشباه لابن نجيم ص (١٠٠) ، شرح المجلة (٣/١) ، شرح القواعد الفقهية ص (٢١١) ، نظرية الضرورة الزحيلي ص (٢٦٢) ، المدخل الفقهي (٩٩٧/٢) ، رفع الحرج لابن حميد ص (٢٠٩) .

(٣) الظئر: هي العاطفة على ولد غيرها المرضعة له ، وهنا المرضعة المستأجرة ، ينظر: تاج العروس (١٥٨/٧) .

(٤) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٢١٢) .

(٥) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٢١٢) .

(٦) ينظر: نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٦٢) .

(٧) الشيخ مصطفى الزرقا ومحمد حسان لا يصح عندهما أن تتعلق الحاجة بفرد، والشارع نفسه لا يجعل الحاجة الخاصة بشخص واحد في منزلة الضرورة بحيث يجوز لها المحذور، ويخص بها عموم النص، أو يترك بها القياس، أو يستثنى بها من القواعد ينظر: المدخل الفقهي العام (٩٩٧/٢) ، نظرية المصلحة للزحيلي ص (٥٦٩) ، رفع الحرج لابن حميد ص (٢١٥) .

(٨) ينظر: الأشباه والنظائر لابن الوكيل (٣٧٢/٢) ، المجموع المذهب (٩٧/٢) ، نظرية الضرورة للزحيلي ص

(٢٦٢) .

قبيل الرخص، تثبت أحكاما مؤقتة، ويؤثر فيها بقاء الحاجة أو زوالها، فإذا بقيت جاز الاستمرار على حكمها، وإذا زالت فلا يجوز البقاء على حكمها^(١).

أمثلتها:

- ١-لبس الحرير لمن به حكة أو جرب من الرجال، واتخاذ الأنف من الذهب أو الفضة جائز لمن احتاج إليه، فالشارع حرم لبس الذهب والحرير للرجال لكن أبيحت هنا للحاجة^(٢).
- ٢-جواز التضييب^(٣) بالفضة^(٤).
- ٣-جواز تحلية آلات الحرب إغاطة للمشركين للحاجة^(٥).
- ٤-الخضاب بالسواد، والتبختر بين الصفوف جائزان عند الحاجة^(٦).
- ٥-الأكل من طعام الكفار في دار الحرب جائز لحاجة الغائمين^(٧).

وليس كل حاجة يجوز العمل بها والمصير لحكمها، وإنما ذلك متوقف على توافر شروط لاعتبار العمل بها، وقد أشار إليها أهل العلم بما يلي:

١-أن تكون الحاجة متحققة لا متوهمة:

لأن الحاجة أحكام استثنائية شرعت للتخفيف على العباد، فالعمل بها يكون إذا كانت متحققة وقائمة كغيرها من الأعدار الشرعية، أو كانت الحاجة متوقعة أو مظنونة ظنا غالبا، والظن الغالب

(١) ينظر: الحاجة وأثرها على الأحكام ص (١١٦-١١٨) .

(٢) ينظر: المنشور للزركشي (٢٥/٢) ، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٧٢) ، رفع الحرج لابن حميد ص (٢١٦)

(٣) تضييب الفضة: من الضبة: وهي حديدة عريضة يضرب بها الباب والخشب ويلبس بها، ويشعب بها الإناء عند التصدع. ينظر: تاج العروس (١٦٤/٢) .

(٤) ينظر: المنشور للزركشي (٢٥/٢) ، الأشباه والنظائر السيوطي ص (١٨٠) ، نظرية الضرورة للزحيلي ص

(٢٧١) ، رفع الحرج لابن حميد ص (٢١٦) .

(٥) ينظر: المنشور للزركشي (٢٦/٢) .

(٦) ينظر: المنشور للزركشي (٢٦/٢) ، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٧١) .

(٧) ينظر: المنشور للزركشي (٢٥/٢) ، الأشباه والنظائر السيوطي ص (١٨٠) ، نظرية الضرورة للزحيلي ص

(٢٧١) .

بمثلة القطع واليقين، قال ابن حجر^(١) : "وينبغي الاكتفاء في الحاجة بالتوقع"^(٢). أما الوهم فلا أثر له في الأحكام الشرعية ، ولا يجوز الإقدام على شيء من الحاجات بناء عليه ، على قاعدة: (لا عبرة بالتوهم)^(٣).

٢- أن تكون الحاجة متعينة:

أي تكون هي الطريق الوحيد للخروج من الحرج والضيق، لذلك قد تعرض لبعض الناس حاجة بالغة درجة المشقة غير المعتادة ومع ذلك لا يجوز له العمل بها ؛ لأن لها طرقاً شرعية يمكن للإنسان من خلالها دفعها، فإن الحاجة إنما تكون معتبرة عندما : " لا يمكن الخلاص من حاجته بوجه مشروع ، أو يتعين على المحتاج مخالفة الأوامر والنواهي الشرعية ، ولا يكون لدفع الحاجة وسيلة أخرى من المباحات "^(٤).

مثالها: الحاجة إلى الربا وهذا لا يمكن قبوله ، ولا التسليم له ؛ لأن الحاجة للربا لم تتعين طريقاً للخلاص من هذه المشكلة، فتوجد طرق مشروعة للربح وقضاء الحاجة تغني عن التعامل بالربا كالسلم^(٥) ، والمضاربة^(٦) ، والمشاركة ، والاقتراض.

وهذا الشرط يجب توفره في الحاجة الخاصة فقط ؛ لأنها من قبيل الرخص ، والرخص كما هو معلوم لا يعمل بها إلا عند تعينها أما الحاجة العامة فليس من شرط صحة العمل بها تعينها لذا قيل: "الحاجة العامة إذا وجدت أثبتت الحكم في حق من ليس له حاجة"^(٧)

(١) هو : أحمد بن علي بن محمد الكناي العسقلاني المعروف بابن حجر نسبة إلى آل حجر ، أصله من عسقلان بفلسطين ، حافظ كبير ، إمام في علم الحديث وعلمه ورجاله ، حفظ القرآن وهو ابن تسع ، وشهد له القدماء بالحفظ والثقة والأمانة والذكاء المفرط وسعة العلم في فنون شتى ، وله مصنفات كثيرة لا يتسع المقام لذكرها من أشهرها : " فتح الباري " و " تهذيب التهذيب " و " لسان الميزان " و " الدرر الكافية في أعيان المائة الثامنة " و " المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية " و " التلخيص الحبير " و " الإصابة في تمييز الصحابة " ، توفي سنة ٨٥٢هـ ، ودفن بالرميلة . ينظر: البدر الطالع (٨٧/١) ، وأيضاً في شذرات الذهب في أخبار من ذهب (٢٧٠/٧) ، وفي الضوء اللامع (٣٦/٢) (٢) غياث الأمم ص (٢١٩-٢٢٤) .

(٣) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٣٦٣) .

(٤) نظرية الضرورة لجميل مبارك ص (٣١٢) ، ينظر: غياث الأمم ص (٢١٩-٢٢٤) ، ، نظرية الضرورة للزحيلي ص (٢٧٥) .

(٥) سبق تعريفه ، ص (٢١) .

(٦) المضاربة : دفع مال معين معلوم لمن يتجر فيه بجزءٍ مشاع معلوم له من ربحه ، ينظر: معجم المصطلحات المالية

والاقتصادية في لغة الفقهاء ، ص (٤٢٢) .

(٧) المغني (١٣٤/٣) .

٣- أن تكون الحاجة بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة:

والمقصود بالمشقة غير المعتادة: التي لا يتحملها الناس غالباً ؛ كمشقة المرض والسفر ونحوهما مما اعتبرته الشريعة ، وشرعت كثيراً من الأحكام على وفقه ، وخففت على الناس بسببه ، والحاجات المترتبة على هذا النوع من المشقات حاجات شرعية معتبرة يجوز العمل بها والمصير إليها. فالحاجة لا يصح العمل بها إلا إذا كان يترتب على عدم الاستجابة لها مشقة ، ومن هنا عرّف العلماء الحاجة بأنها ما يترتب عليها حرج ومشقة^(١) .

٤- ألا يكون في الأخذ بها مخالفة لقصد الشرع:

فمشروعية العمل بالحاجة إنما هو من باب تحقيق المصالح المعتبرة للخلق ، فإذا كان الآخذ بها مخالفاً لمقصد الشارع فإنه لا يجوز المصير إلى حكمها^(٢) .

مثاله: الإجارة، فالشارع أباحها تحقيقاً للمصالح المبنية عليها ، والتي هي مصالح مشروعة: كالسكن أو العمل أو البناء ، وما إلى ذلك من الأمور المباحة التي تحققها الإجارة من مقاصد شرعية ، أما إذا كان الهدف من الإجارة غير مشروع فلا يجوز الإقدام عليها .

٥- ألا يعارض الحاجة ما هو أقوى منها:

فإذا كانت الحاجة غير محققة للمصالح التي لأجلها تم العمل بها ، فكانت مخالفة للحكم الأصلي ، و ترتب على الأخذ بها تفويت لما هو أهم منها فإنه لا يشرع الأخذ بها. قال السيوطي^(٣) : " الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها عنها"^(٤) .

وإنما يعارضها ما هو أقوى منها إما من الضرورات فيؤخذ بالضرورة ، أو من الحاجات فيؤخذ بالحاجة الأقوى.

(١) ينظر: الحاجة واثرها في الأحكام ص (١٨٢-١٨٣) .

(٢) ينظر: الموافقات (٢٩٢/٢) .

(٣) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضير السيوطي الشافعي ، كان أعلم أهل زمانه بعلم الحديث وفنونه رجالاً وغريب ومتناً وسنداً واستنباطاً للأحكام ، وأخبر عن نفسه أنه يحفظ مائتي ألف حديث ، وكان مؤرخاً أديباً بلغ عدد مؤلفاته أكثر من خمسمائة مؤلف منها : " الإتيان في علوم القرآن " و " الأشباه والنظائر " في فروع الشافعية في الفقه و " الأشباه والنظائر في العربية " و " جزيل المواهب في اختلاف المذاهب " في أصول الفقه ، توفي سنة ٩١١ هـ ، ينظر : الضوء اللامع (٦٥/٤) ، شذرات الذهب (٥١/٨) .

(٤) الأشباه والنظائر ص (٦٠) .

ب- أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالْدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لغيرِ اللَّهِ فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ١٧٣].

وجه الدلالة: "من استقرأ الشريعة في مواردها ومصادرها وجدها مبنية على ﴿فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ﴾ [البقرة: ١٧٣] فكل ما احتاج إليه الناس في معاشهم ولم يكن سببه معصية من ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم في معنى المضطر الذي ليس بباغ ولا عاد".^(١)

٢- قوله تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرْجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرْجٌ﴾ [النور: ٦١].

وجه الدلالة: الآيات الدالة على نفي الحرج دالة على اعتبار الحاجة ، وذلك أن الحاجة سبب من أسباب الحرج.

٣- قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ تَخَفَّفَ عَنْكُمْ﴾ [النساء: ٢٨].

وجه الدلالة: التخفيف على المكلفين يقتضي اعتبار الحاجة والعمل بها لأن إهمال الحاجة وإلغائها يترتب عليه العسر الذي نفى الله إرادته.

٤- قال صلى الله عليه وسلم: (إن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحد إلا غلبه)^(٢).

وجه الدلالة: إن يسر هذا الدين يقتضي الأخذ بحاجات الناس واعتبارها والعمل بها ؛ لأنه طريق إثبات السماح للدين ، ولو كانت الشريعة لا تبني أحكامها على حاجات الناس لما كانت متصفة باليسر وهذا باطل ، فما أدى إليه فهو كذلك.

(١) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٣٤/٥).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: الدين يسر. ح(٣٩)، (١٦/١). عن أبي هريرة - رضي الله عنه -.

٥- كان رسول الله في سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال: (ما هذا ؟) قالوا صائم، قال: (ليس من البر الصيام في السفر)^(١) ، وفي رواية: (عليكم برخصة الله الذي رخص لكم)^(٢).

وجه الدلالة: هذا شاهد بين لمشروعية العمل بالحاجة ؛ لأن العمل بالرخص في كثير من المسائل لا يتحقق إلا باعتبار الحاجة لأن الحاجة من أسباب الرخصة ، قال ابن دقيق العيد^(٣) :
" دليل على أنه يستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة إليها ، ولا تترك على وجه التشديد على النفس و التنطع والتعمق " ^(٤)

٦- عن أنس بن مالك أن عبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام شكوا إلى النبي صلى الله عليه وسلم - يعني القمل - فأرخص لهما بالحرير ، قال: "فأرأيتكما في غزاة"^(٥).

وجه الدلالة: من المعلوم تحريم النبي صلى الله عليه وسلم الحرير للرجال إلا أن حاجة صحابييين إليه لداء أصابهما فكان الترخيص للحاجة الخاصة ، وكان المحذور غير منظور إليه عند هذه الحاجة.

٧- استقراء النصوص الشرعية حيث دل كثير منها على اعتبار الشارع الحاجة في إباحة المحذور سواء كانت عامة أو خاصة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الصيام. باب: قول النبي صلى الله عليه وسلم لمن ظلل عليه واشتد الحر ليس من البر الصوم في السفر. ح(١٩٤٦)،(٤٤/٣). ومسلم في صحيحه، كتاب: الصيام. باب: جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية. ح(٢٦٦٨)،(١٤٢/٣). عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما -

(٢) أخرج هذه الرواية مسلم في صحيحه، كتاب: الصيام ، باب: جواز الصوم والفطر في شهر رمضان للمسافر في غير معصية. ح(٢٦٧٠). أيضاً عن جابر بن عبد الله - رضي الله عنهما -.

(٣) هو : محمد بن وهب ، تقي الدين القشيري ، عارف بالمذهب المالكي و المذهب الشافعي ، متقن لأصول الدين و أصول الفقه و النحو و اللغة ، من مصنفاته "الإمام في أحاديث الأحكام" ، و شرحه "الإمام" ، و "مقدمة المطرزي" و شرح بعض مختصر ابن الحاجب ، ولي قضاء الديانة المصرية ، توفي سنة ٧٠٢هـ . ينظر : الأعلام (١٦٥/٦) .

(٤) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام (٢١/٢) .

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير. باب: الحرير في الحرب. ح(٢٩٢٠)،(٥٠/٤).

د- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

لم تظهر العقود المالية المستجدة إلا لحاجات الناس التي تعرض عليهم ، مما يجعلهم يقبلون بعقود جديدة تلي احتياجاتهم ، التي تتفاوت بين الشديد منها ، والأقل احتياجا ، هذه العقود كثيرا ما يتم فيها التغير بالناس ، وأكل أموالهم بالباطل ، وإيقاعهم في شبك الديون والمطالبات ، ولأن أحكام الله تواكب كل زمان ومكان ، فالمطلوب عند النظر في أي عقد من عقود النوازل إن كان يشوبه شيء من المخالفة الشرعية في صورة من صور العمل به على قدر الحاجة ، لا أكثر منها ، وواضح في شروط الحاجة أنها تقدر بقدرها ، فليس المطلوب من كل من أراد استثمار أمواله أن يتعامل بالموجود من هذه العقود دون النظر لقدر حاجته منها ، لأن الغالب فيها أنها مشوبة بنوع من الخلل ، أو مختلف في دخولها تحت حديث من أحاديث البيوع المنهي عنها.

ومن التطبيقات لذلك ، فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث بإباحة شراء بيوت السكنى في غير بلاد المسلمين بقرض ربوي وبواسطة البنوك التقليدية ، فنظراً لعدم توفر البدائل الشرعية المباحة في بلاد الغرب في الوقت الحاضر ، و في ضوء القواعد والأدلة والاعتبارات الشرعية فإن المجلس لا يرى بأساً من اللجوء إلى هذه الوسيلة وهي القرض الربوي لشراء بيت يحتاج إليه المسلم لسكناه هو وأسرته ، بشرط ألا يكون لديه بيت آخر يغنيه ، وأن يكون هو مسكنه الأساسي ، وألا يكون عنده من فائض المال ما يمكنه من شرائه بغير هذه الوسيلة ، ومن المرتكزات التي اعتمد عليها المجلس في فتواه ، **قاعدة : الضرورات تبيح المحظورات** ، وهي قاعدة متفق عليها ، ومما قرره الفقهاء أن الحاجة تنزل منزلة **الضرورة خاصة كانت أو عامة** ، والحاجة هي التي إذا لم تتحقق يعيش المسلم في حرج وإن كان يستطيع أن يعيش ، بخلاف الضرورة التي لا يستطيع أن يعيش بدونها ، والله تعالى رفع الحرج عن هذه الأمة ، والمسكن الذي يدفع عن الأمة الحرج هو المسكن المناسب له في موقعه ، وفي سعته ، وفي مرافقه بحيث يكون سكناً حقاً .

وإذا كان المجلس قد اعتمد على قاعدة الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ، فإنه لم ينس القاعدة الأخرى الضابطة و المكملة لها ، وهي أن ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ، فلم يجوز تملك البيوت للتجارة ونحوها.

والعمل بهذه الفتوى ليس على إطلاقه في ديار غير المسلمين لكن الإباحة في حالة الحاجة الشخصية التي لا تتجاوز محلها ، فهو ترجيح مقيد بالحاجة ، والحقيقة أن الحاجة لا تكفي في إباحة الربا ، وإنما الترجيح بأصل عام شهد الشرع باعتباره وهو الحاجة والتيسير ^(١) .

(١) ينظر : الفرق بين الضرورة والحاجة تطبيقاً على بعض أحوال الأقليات المسلمة ، بتصرف ، ص (٣٩-٤٤)

المطلب الثالث

قاعدة: التيسير ورفع الحرج.

أ-التعريف بالقاعدة:

ويقصد بالحرج الذي ترفعه الشريعة هو كل ما حوى معاني الضيق ، من إفسار ، وشدة ، وإصر ، وما لا يطاق وليس في الوسع ، و "كل ما أدى إلى مشقة زائدة في البدن أو النفس أو المال حالا أو مآلا ، غير معارض بما هو أشد منه ، أو بما يتعلق به حق لله ، أو للغير مساو له أو أكثر منه " (١) ، فما كان فيه مشقة زائدة لكنه عورض بما هو أشد منه من مصالح عامة تحتاج إليها الأمة كالجهد ؛ فإن المشقة فيه لا تعد حرجا شرعيا ، وقد قال تعالى: ﴿ وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج: ٧٨] ، والحرج واقع على من عرضت له حاجة ، فالحاجات هي التي تؤدي للعسر والمشقة دون الوصول لدرجة ضياع ضرورة من الضرورات الخمس ، أو إدخال خلل عظيم فيها ، أما من وقع في حال الضرورة فهو في حالة أشد من الحرج وله أحكام خاصة به ، واستثناءات يتطلبها حاله (٢) ، "فالخرج المعتبر شرعا لا يقصد به فقط ما يوجب الاختلال إنما عم أيضا مادون ذلك مما فيه توسعة على المكلفين ، ولا يعني هذا اعتبار كل حرج وإلا انسد باب التكليف بالكلية" (٣)

ومما يشكل على هذه القاعدة ويعترض به عليها عدم انضباط الحرج ، والأصوليون رفضوا بناء الأحكام على ما لا ينضبط كما يتوجه الاعتراض نفسه على اعتبار العلة . قال الآمدي (٤) : " أن يكون الوصف المعلن به مضطربا غير منضبط ؛ كالتعليل بالحرج ، والمشقة ، والزجر ، والردع ونحوه. فإنه يقال مثل هذه الأوصاف مما تضطرب وتختلف باختلاف الأشخاص ، والأزمان ، والأحوال ، وما هذا شأنه فدأب الشارع فيه رد الناس إلى المطان الظاهرية الجلية ؛ دفعا للعسر والحرج عن الناس في البحث عنه ، ومنعا للاضطراب في الأحكام عند اختلاف الصور بسبب الاختلاف في هذه الأوصاف بالزيادة والنقصان" (٥)

(١) رفع الحرج لابن حميد ص (٥٥ ، ٥٦) ، ينظر: رفع الحرج لباحسين ص (٣٨) .

(٢) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٦٥) .

(٣) الموافقات (٥ ، ٤ / ٢) .

(٤) تم التعريف به سابقا ، ص (٣٦) .

(٥) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٠٤ / ١) ، ينظر: شرح مختصر المنتهى (٢ / ٢٦٨) ، فواتح الرحموت (

٣٤١ / ٢) ، التقرير والتحجير (٢٦٣ / ٣) .

يجاب عنه: أن هذا الاعتراض لا يقبل ؛ لعدم التسليم بعدم انضباطها ، فالحكم والمقاصد كالحرج والمشقة هي منضبطة بنفسها ، حيث اعتبر الشارع مطلقه كالإيمان ، لو قيل بتشكيك اليقين فالمعتبر مطلق اليقين أو بضابطها ، فقد يكون ضابطها العرف ؛ كالمنفعة والمضرة والمشقة ، أو الشرع كالزجر في الحدود ، فقد حدد الشرع القدر المتحقق منه ، وكالحرج الذي يقتضي التخفيف بالإفطار أو القصر ضبطه الشارع بالسفر ^(١).

وهذا الاعتراض لا يرد على رفع الحرج من حيث كونه وصفاً للشريعة كما وردت عن الشارع بنصوصها وأحكامها وضوابطها ؛ لأنه لا وجه له هنا ، بل هو متوجه إلى بناء أحكام جديدة على هذا الأصل.

أما رفع الحرج فيكون بإزالة المشقة الزائدة بكل ما يزيلها ، والقاعدة التي تقول: "الحرج مرفوع فكل ما يؤدي إليه فهو ساقط برفعه إلا بدليل على وضعه" ^(٢) ، ويتوجه الرفع فيها والإزالة لحقوق الله لأنها مبنية على المسامحة ويكون بارتفاع الإثم عند الفعل أو بارتفاع طلب الفعل فيرتفع الحرج النفسي حيال ذلك ، كما يرتفع الحرج الحسي حينما يكون التكليف شاقاً فيأتي العفو من الله إما بالكف عن الفعل الموقع في الحرج أو بإباحته عند الحاجة إليه ، كقوله صلى الله عليه وسلم عندما سئل عن الترتيب بين أعمال يوم النحر من الرمي والحلق والطواف والنحر: (افعل ولا حرج) ؛ بإباحة لترك الترتيب عمن لم يرتب كترتيبه صلى الله عليه وسلم في نسكه حينما قال: (خذوا عني مناسككم) ^(٣) ، بل إنه: (ماسئل عن شيء يومئذ قدم ولا أخر إلا قال افعل ولا حرج) ^(٤) .

النظر في هذه المرفوعات يبين لنا أن رفع الحرج أو نفيه اتخذ طريقين:

- ١ - منع وقوع الحرج قبل حصوله ، وذلك برفع الحرج ابتداء ، بعدم التكليف بما لا يطاق ، أو ما يشق القيام به علينا ، أو بتشريع ما هو مقدور للمكلف وسهل عليه ، أو بتشريع

(١) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٠٤/١) ، التقرير والتحبير (٢٦٣/٣) .

(٢) القواعد للمقري ص (٤٣٢) .

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه ، كتاب: الحج . باب: استحباب رمي جمرة العقبة يوم النحر راكباً ، وبيان قوله - صلى الله تعالى عليه وسلم - « لتأخذوا مناسككم » . ح (٣١٩٧) ، (٧٩/٤) . عن جابر - رضي الله عنه - .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب: العلم . باب: الفتيا وهو واقف على الدابة وغيرها . ح (٨٣) ، (٤٣/١) . وباب: السؤال والفتيا عند رمي الجمار . ح (١٢٤) ، (٥٨/١) . وفي كتاب: الحج . باب: الفتيا على الدابة عند الجمرة . ح (١٦٤٩) ، (٦١٨/٢) . وفي كتاب: الأيمان والنذور . باب: إذا حنث ناسياً في الأيمان . ح (٦٢٨٨) ، (٢٤٥٤/٦) . ومسلم في صحيحه . كتاب: الحج . باب: من حلق قبل النحر أو نحر قبل الرمي . ح (٣٢١٦) ، (٨٢/٤) . عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - .

الأحكام التي على سبيل الرخصة ابتداء ، وضوابطه: المواطن المعرفة لتخفيفات الشارع من الأحكام الأصلية والطارئة من مظاهر التخفيف وأسبابه".

٢-رفع الحرج الطارئ بعد تحقق أسبابه، وهذا الرفع متحقق بوسيلتين وهما:

أ-الترخيص في الترك أو الفعل، أي رفع الحرج وعدم المؤاخذه عليهما عندما تتحقق الأعذار أو المسوغات الشرعية المبيحة لذلك، كما في الترخيص عند الضرورات، والإفطار والقصر في السفر، والتيمم عند عدم وجود الماء، و التخفيفات عن المريض، ورفع المؤاخذة بما نبديه أو نخفيه في أنفسنا والخطأ والنسيان وما شابه ذلك.

ب-تدارك ما وقع من الضرر أو الفساد، سواء كان واقعا على حقوق الله تعالى أم على حقوق العباد، ورفع ذلك بالتوبة والكفارات والأروش^(١)، والقصاص في الجنايات، والضمان، ورد المظالم، والمغصوب، والمسروق عينا أو قيمة^(٢).

هذا الأصل ممكن أن يعمل في مجالين:

١-أن يكون دليلا شرعيا تثبت به الأحكام، ولا يكون كذلك إلا بضابط يدل على تحققه كالمصلحة المرسلة والاستحسان والعرف.

٢-أن يكون مرجحا عند التعارض سواء كان في النصوص أم العلل وإلى ذلك مرد ما أخذ به البعض من الأخذ بالأخف، أو أقل ما قيل، وتقديم العلة الدائرة للحد على العلة الموجبة له وتقديم الإباحة على الحظر^(٣).

ب- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها:

هذه القاعدة من مقاصد الشريعة الكبرى التي لا ينكرها أحد من الأصوليين والفقهاء، فهي من كليات الشريعة التي لا يطرأ عليها تشكيك مشكك، وأدلتها ما يلي:

١-قال تعالى: ﴿مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَئِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ [المائدة: ٦].

^(١) الأرش: اسم للمال الواجب في الجناية على ما دون النفس، ينظر: معجم المصطلحات المالية والاقتصادية في لغة الفقهاء، ص (٤٠).

^(٢) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٥٩)، رفع الحرج لباحسين ص (٤٨).

^(٣) ينظر: رفع الحرج لباحسين ص (٣٩).

وجه الدلالة: بيان عدم إرادة الحرج بالمكلفين جاء في سياق الحديث عن أحكام الوضوء والغسل من الجنابة والتيمم عند فقد الماء أو العجز عن استعماله، مما يبين أن هذه الأحكام ليست للإعنات والمشقة وإنما تخفيف للتطهير وإتمام النعمة^(١).

٢- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَاعْبُدُوا رَبَّكُمْ وَافْعَلُوا الْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾ ﴿٧٧﴾ وَجَاهِدُوا فِي اللَّهِ حَقَّ جِهَادِهِ هُوَ اجْتَبَاكُمْ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴿٧٨﴾ [الحج: ٧٧-٧٨] .

وجه الدلالة: نفى الله عن دينه أن يجعل فيه حرجاً، وساقها في مساق النفي، وهي نكرة فدلّت على العموم، ولا يخص بالجهاد؛ لأن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، والنفي جاء رفعاً للحرج عن الدين كله ولم يخص الجهاد^(٢). ووضح ذلك الطوفي^(٣) -رحمه الله- بقوله: "وذلك عام مطرد لأن الله عز وجل لم يشرع حكماً إلا وأوسع له الطريق إليه ويسره حتى لم يبق دونه حرج ولا عسر"^(٤).

٣- قال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الضُّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَرَسُولِهِ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَاللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ التوبة: ٩٢، وقال تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى أَنْفُسِكُمْ أَنْ تَأْكُلُوا مِنْ بُيُوتِكُمْ﴾ [النور: ٦١] .

وجه الدلالة: ظاهر في كون رفع الحرج مطلوب عن الأعمى والأعرج والمريض، وقد اختلف في متعلق الحرج في الآية، وأكثر المفسرين على أن متعلق الحرج هنا في المطاعم، وقيل: أن الله تعالى قد رفع الحرج عن الأعمى فيما يتعلق بالتكليف الذي يشترط البصر، وعن الأعرج فيما يشترط في التكليف به المشي، وما يتعذر من الأفعال مع وجود الحرج، وعن المريض فيما يتعلق بالتكليف الذي يؤثر المرض في استطاعته كالصوم وشروط الصلاة وأركانها والجهاد ونحو ذلك، وأمر الشريعة يدل على أن الحرج عنهم مرفوع في كل ما

(١) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٦٩) .

(٢) ينظر: رفع الحرج للباحسين ص (٦٢) .

(٣) هو: سليمان بن عبد القوي بن عبد الكريم، فقيه أصولي متفنن، له مصنفات كثيرة منها "مختصر روضة الناظر" و"معراج الوصول إلى علم الأصول" و"بغية السائل في أمهات المسائل" و"دفع التعارض عما يوهم التناقض"، توفي سنة ٧١٦ هـ، ينظر: شذرات الذهب (٣٩/٦) .

(٤) الإشارات الإلهية (٢/ ١٣٢) .

يضطرهم إليه العذر ، وتقتضي نيتهم فيه الإتيان بالأكمل ، ويقتضي العذر أن يقع منهم الأنقص فالخرج مرفوع عنهم في هذا^(١) .

والآية أصل في سقوط التكليف عن العاجز فكل من عجز عن شيء سقط عنه ، ولا فرق بين العجز من جهة القوة والعجز من جهة المال فهذا الإسقاط سببه رفع الحرج^(٢) .

٤- قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [البقرة: ٢٨٦] .

وجه الدلالة: بين الله أنه لا يكلف النفس إلا في حدود قدرتها مما يسعها فلا تعجز عنه ولا يضيق عليها ولا يبلغ منها غاية طاقتها، فإن عامة أحكام الشرع تقع في حدود الوسع والطاقة، ففي تحديد الصلوات بخمس والصيام بشهر تخفيف يليق بإرادة الله - سبحانه وتعالى - لنا اليسر، فهي إخبار عن عدل الله تعالى ورحمته فكل ما جاء مخالفاً لذلك يكون تكديماً له سبحانه وهو باطل^(٣) .

٥- قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥] .

وجه الدلالة: أن الله أراد بتشريع الأحكام على عباده اليسر بهم، فلم يكلفهم ما فيه عسر أو حرج، ورخص الصيام في الآية دليل على إرادة الله التيسير لعباده في جميع أحكامه، فالعبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب^(٤) .

٦- قال تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ تَخَفَّ عَنْكُمْ﴾ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا [النساء: ٢٨] .

وجه الدلالة: وردت الآية في إباحة نكاح الأمة عند عدم طول الحرة ، و التخفيف في إباحة نكاح الإماء عند الضرورة ، لكن أغلب العلماء على أن الآية عامة في كل أحكام الشرع، وفي جميع ما يسره الشارع وسهله، وإخباره تعالى بضعف الإنسان يشعر بعدم احتمالته التكليف الشاق بوصف عام لا في خصوص أفراد معينة، والآية دلت على رفع الحرج ؛ لأن التخفيف يناقضه التكليف بما فيه الحرج ، ويكذب خبر الباري فيكون باطلاً^(٥) .

٧- قال تعالى: ﴿وَأَعْلَمُوا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ حَبَّبَ إِلَيْكُمُ الْإِيمَانَ وَزَيَّنَهُ فِي قُلُوبِكُمْ﴾ [الحجرات: ٧] .

(١) ينظر: تفسير ابن العربي (٣/١٣٩٣) ، الجامع في أحكام القرآن (١٢/٣١٣) .

(٢) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٧٢) .

(٣) ينظر: الجامع في أحكام القرآن (١/١٤٤) .

(٤) ينظر: تفسير ابن عطية (٢/٨٤) .

(٥) ينظر: الكشف (١/٣٨٧) .

وجه الدلالة: قوله: ﴿لَعَنَ﴾ : أي لوقعت في الحرج ، ولدخلت عليكم المشقة ، وتحببته تعالى للإيمان ليس إلا بالتسهيل والتيسير، وإلا فإن الحرج لا يولد إلا الضيق والكراهية (١).

٨- قال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ هُمْ مِنْ خَشْيَةِ رَبِّهِمْ مُشْفِقُونَ﴾ (٥٧) وَالَّذِينَ هُمْ بِعَائِتِ رَبِّهِمْ يُؤْمِنُونَ (٥٨) وَالَّذِينَ هُمْ بِرَبِّهِمْ لَا يُشْرِكُونَ (٥٩) وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَا آتَوْا وَقُلُوبُهُمْ وَجَلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَى رَبِّهِمْ رَاجِعُونَ (٦٠) أُولَئِكَ يُسْرِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَهُمْ هَاهَا سَابِقُونَ (٦١) وَلَا تُكَلِّفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴿ [المؤمنون : ٥٧-٦٢] .

وجه الدلالة: بيان أن من فعل الطاعات المؤدية لنيل الخيرات هي طريق سهل غير خارج عن حد الوسع والطاقة المعتادة، فسنة الله جارية على أنه لا يكلف النفوس إلا ما في وسعها لا يجرها ولا ما يعجزها (٢).

٩- قال صلى الله عليه وسلم: (إن دين الله يسر ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه فسددوا وقاربوا وأبشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة) (٣).

وجه الدلالة: في الحديث إخبار بحال من أخذ بالشدة في دينه ، ولم يراع جوانب الرفق ومواطن السعة؛ بأنه سينقطع ويعجز ويغلب، فالدين يسر، والحرج فيه مرفوع غير مرغوب (٤).

١٠- الإجماع:

ثبت واستقر من عهد الصحابة إلى يومنا هذا أن لا حرج في الشرع، ولئن وجد خلاف فهو عائد إلى مصدر النفي (٥).

ج- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

الحرج المرفوع بالتعامل بالعقود المالية المستجدة ، حرج يتفاوت بين كونه حرجا تلحقه مشقة ، وبين كونه حرجا خفيفا يمكن التعايش معه ، هذا الحرج إن واجه ما يوجب التحريم كالربا ونحوه ، ضعف احتمال رفعه إلا إذا كان لضرورة معتبرة شرعا كما في فتوى المجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث

(١) ينظر: الاعتصام (٢٣٩/١، ٢٤٠) .

(٢) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٨٥) .

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: الدين يسر. ح(٣٩)،(١٦/١). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - .

(٤) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٩٢) .

(٥) ينظر: فواتح الرحموت (١٦٨/١) .

والبحوث بإباحة شراء بيوت السكنى في غير بلاد المسلمين بقرض ربوي وبواسطة البنوك التقليدية ،
أما إذا واجه خللا أضعف من الربا في قوته فاحتمال رفع الحرج فيه أقوى ، من ذلك مثلا : صور
القبض التي استجدت في زماننا ، والتي منها ما يكون القبض فيه حكما لا حقيقيا ، وكثير من العقود
المستجدة يعتمد التقابض فيها على هذا النوع من التقابض ، كالقيد المصرفي لمبلغ من المال في حساب
العميل ، وكالشيكات ، و التقابض فيه بالتخلية مع التمكين من التصرف وإن لم يوجد القبض حسا ،
وتختلف كيفية قبض الأشياء بحسب حالها واختلاف الأعراف فيما يكون قبضا لها ، وإنما كان ذلك
رفعا للحرج والمشقة التي ستنشأ من عدمها ^(١) .

^(١) ينظر: موسوعة القواعد الفقهية المنظمة للمعاملات المالية الإسلامية ودورها في توجيه النظم المعاصرة ، ص

المطلب الرابع

قاعدة: درء المفساد مقدم على جلب المصالح.

أ- التعريف بالقاعدة:

هذه القاعدة أصل عظيم من أصول الشريعة الإسلامية القائمة على جلب المصالح وتكميلها، ودرء المفساد وتقليلها. وهي تنتمي لقواعد تعارض المقاصد، فإذا كان المكلف بصدد جلب مصلحة لكن تلازمها مفسدة أو تعترضها قدم دفع المفسدة غالباً وترك المصلحة، لأن اعتناء الشرع بترك المنهيات أشد من اعتناؤه بفعل المأمورات ^(١). ويعبر عن هذه القاعدة بعبارات أخرى مثل قولهم: «الاجتناب مقدم على الاجتلاب»، أي اجتناب المفساد مقدم على اجتلاب المصالح. والأصل أنه متى اجتمعت المصالح والمفاسد فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفساد تعين ذلك، وإن لم يمكن الجمع بين ذلك فهذا محال النظر. وينقسم ذلك إلى ثلاثة أقسام ^(٢):

١- غلبة المفسدة على المصلحة، بأن تكون المفسدة أعظم من تحصيل المصلحة فيقدم درء المفسدة ولا يبالي بفوات المصلحة.

أمثله: كتحريم الخمر، فقد قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة ٢١٩]، فحرمهما الله حين غلبت المفسدة على ما فيهما من المنافع إذ لا نسبة لما فيهما من المنفعة إلى ما يلزمهما من المفساد الظاهرة، وكذلك قطع يد السارق فيه مفسدة له ولكن عارضها مصلحة أرجح منها وهي حفظ الأموال عن السرقة وكذلك القول في القصاص من الجاني وسائر الحدود.

١ - غلبة المصلحة على المفسدة، فتحصل المصلحة ولا يبالي بالتزام تلك المفسدة.

أمثله: الصلاة مع اختلال أحد شروطها من الطهارة أو الستر أو الاستقبال فإن في كل ذلك مفسدة لما فيه من الإخلال بجلال الله في أن الله لا ينجى إلا على أكمل الأحوال ومتى تعذر عليه شيء من ذلك جازت الصلاة بدونه تقديماً لمصلحة الصلاة على هذه المفسدة، ومنه الكذب مفسدة محرمة وهو متى تضمن جلب مصلحة تربو عليه جاز كالكذب للإصلاح بين الناس وعلى الزوجة لإصلاحها، وهذان راجعان إلى ارتكاب أخف المفسدتين في الحقيقة، ونكاح الحر الأمة فيه مفسدة لما فيه من إرقاق الولد لكنه جائز عند خوف العنت وفقد طول الحرية تحصيلاً لمصلحة النكاح في الإعفاف ودفع مفسدة الوقوع في الزنى عنه، كذلك قتل نساء الكفار وصبياتهم مفسدة

(١) ينظر: الأشباه والنظائر لابن النجيم ص (٩٠).

(٢) ينظر: المجموع المذهب (١٢٩/١-١٣١)، الأشباه والنظائر لابن النجيم ص (٩١)، قواعد الأحكام في مصالح الأناس (١٥٦/١).

لما فيه من إتلاف المالية لكنه يجوز إذا تترس بهم الكفار تحصيلًا لمصلحة الاستيلاء عليهم، ونبش الأموات مفسدة محرمة لكنه واجب إذا دفنوا من غير غسل أو إلى غير قبلة لأن مصلحة غسلهم وتوجيههم إلى القبلة أعظم من توقيهم بترك نبشهم، وإتلاف أموال المسلمين مفسدة موجبة للضمان ولا يضمن أهل الحرب الكفار ما أتلّفوه على المسلمين من النفوس والأموال على الصحيح لما في ذلك من المصلحة في ترغيبهم في الدخول في الإسلام ومن درء المفسدة في تنفيرهم عنه.

٣- أن تتساوى المصالح والمفاسد^(١) فتارة يقال: بالتخير بينهما^(٢)، وتارة يقال بالوقف، وتارة يقع الاختلاف بحسب تفاوت المفاسد في نظر المجتهدين، وتارة يقال بتقدم قاعدة درء المفاسد على جلب المصالح^(٣).

وعلى هذا فالقاعدة المشهورة (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) قاعدة أغلبية لا كلية والمعيار لذلك هو مقاصد التشريع فإن كانت المصلحة لحفظ ضروري والمفسدة لإهدار حاجي قدمت المصلحة، وكذلك رتب كل نوع من المقاصد تفاوت فيما بينها. وضابط التغليب كما قال شيخ الإسلام ابن تيمية^(٤) - رحمه الله -: " اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو بميزان الشريعة، فمقي قدر الإنسان على اتباع النصوص لم يعدل عنها، وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر، وقل أن تعوز النصوص من يكون خبيراً بها وبدلاً لاتها على الأحكام"^(٥)، ولذلك ينبغي العناية بالتفقه في قضية المصالح والمفاسد.

والأمر في الجملة كما قرره شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله - قال: "وجماع ذلك داخل في القاعدة فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد، وتعارضت المصالح والمفاسد، فإن الأمر والنهي - وإن

(١) وهذا نادر الوقوع، وقد ذكر ابن القيم استحالته فقال: التساوي بينهما من كل وجه بحيث ينعدم الدليل على الرجحان، صورة ذهنية لا واقعية ينظر: إعلام الموقعين (٢٤٥/٣) .

(٢) قال السعدي: (إذا تعارضت مصلحة ومفسدة، يقدم أرجحهما، فتجلب المصلحة الأعظم، وإن أدى إلى الوقوع في المفسدة الأدنى، وتدفع المفسدة الأشد ضرراً، وإن أدى إلى فوات المصلحة المرجوحة، وإذا تعارضت المصالح قدم الأعظم، وإن فات الأدنى، وإذا تعارضت المفاسد دفع الأشد ضرراً منها بارتكاب الأدنى، وذلك أن الأصل إذا تعارضت المصالح والمفاسد والمنافع والمضار فإن رجحت المفاسد أو تكافأت منع منه، وصار درء المفاسد في هذه الحال أولى من جلب المصالح، وإن رجحت المصالح والمنافع على المفاسد والمضار اتبعت المصالح الراجحة) ينظر: القواعد الجامعة للسعدي ص (٤٥) .

(٣) يعني أن الأمر إذا دار بين درء مفسدة وجلب مصلحة، كان درء المفسدة أولى من جلب المصلحة، وإذا دار الأمر بين درء إحدى المفسدتين، وكانت إحداها أكثر فساداً من الأخرى فدرء العليا منها أولى من درء غيرها وهذا واضح يقبله كل عاقل، واتفق عليه أولوا العلم . ينظر: شرح الكوكب المنير (٤٤٨/٤) .

(٤) تم التعريف به سابقاً، ص (٤٤) .

(٥) الفتاوى الكبرى (٢٠٤/٩) .

كان متضمناً لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة- فينظر في المعارض له، فإن كان الذي يفوت من المصالح أو يحصل من المفسد أكثر لم يكن مأموراً به، بل يكون محرماً إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته" (١).

ب- أدلة القاعدة:

١- قوله تعالى في الخمر: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا﴾ [البقرة: ٢١٩].

وجه الدلالة: أما إثمها فهو في الدين، وأما المنافع فدنيوية من حيث إن فيها نفع البدن، وتكثير الطعام، وتشحيد بعض الأذهان، ولذة الشدة التي فيها، وكذا بيعها والانتفاع بثمنها (٢)، لكن هذه المنافع ليست شيئاً أمام مفسادها من ذهاب عقل وغفلة وأكل لأموال الناس بالباطل، إلى غير ذلك، فهذا يقدم على المصلحة المظنونة التي ترونها، وهذا كان في أول أمر تدرج تحريم الخمر.

٢- قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَهُوَ خَيْرٌ لَكُمْ وَعَسَى أَنْ تُحِبُّوا شَيْئًا وَهُوَ شَرٌّ لَكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾ [البقرة: ٢١٦].

وجه الدلالة: فقد يجب المرء شيئاً لمصلحة، ولكن قد تكون وراءها مفسدة أشد منها وهو لا يعلم.

٣- وقوله تعالى: ﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾ [العنكبوت: ٨].

وجه الدلالة: قد أمر الله تعالى في أكثر من آية بطاعة الوالدين، لكن مفسدة الشرك بالله أكبر من مصلحة طاعة الوالدين.

٤- قوله تعالى: ﴿فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ أَنْ يَفْتِنَكُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا﴾ [النساء: ١٠١].

وجه الدلالة: مفسدة الأذى من الكافرين قدمت على مصلحة إتمام الصلاة.

(١) الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لابن تيمية ص (١١-١٩).

(٢) ينظر: تفسير ابن كثير (٧٨/١).

٥- قال -صلى الله عليه وسلم-: (يا عائشة لولا أن قومك حديث عهدهم بکفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بايين، باب يدخل الناس وباب يخرجون)^(١) ، وفي رواية: (يا عائشة، لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بايين، باباً شرقياً وباباً غربياً، فبلغت به أساس إبراهيم)^(٢)

وجه الدلالة: يستفاد منه ترك المصلحة لأمن الوقوع في المفسدة، ومنه ترك إنكار المنكر خشية الوقوع في أنكر منه، لأن قريشاً كانت تعظم الكعبة جداً، فخشي صلى الله عليه وسلم أن يظنوا لأجل قرب عهدهم بالإسلام أنه غير بناءها لينفرد بالفخر عليهم في ذلك وأن الإمام يسوس رعيته بما فيه صلاحهم، ولو كان مفضولاً ما لم يكن محرماً^(٣). وقال النووي^(٤) في شرحه للحديث: "وفي الحديث دليل لقواعد من الأحكام منها: إذا تعارضت المصالح أو تعارضت مصلحة ومفسدة، وتعذر الجمع بين فعل المصلحة وترك المفسدة بدأ بالأهم؛ لأن نقض الكعبة وردّها إلى ما كانت عليه من قواعد إبراهيم -عليه السلام- مصلحة، ولكن تعارضه مفسدة أعظم منه وهي خوف فتنة بعض من أسلم قريئاً، وذلك لما كانوا يعتقدون من فضل الكعبة فيرون تغييرها فتركها -صلى الله عليه وسلم-"^(٥).

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الحج. باب: نقض الكعبة وبنائها. ح(٣٣٠٩)،(٩٨/٤).

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الحج. باب: فضل مكة وبنائها. ح(١٥٨٦)،(١٨٠/٢). ومسلم في صحيحه، كتاب: الحج. باب: نقض الكعبة وبنائها. ح(٣٣٠٨)،(٩٨/٤). واللفظ للبخاري (٣) فتح الباري (١/٢٢٥).

(٤) هو: يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي، الدمشقي، الشافعي، فقيه محدث، كان شديد الزهد والتقوى والورع متابعاً للسلف من أهل السنة والجماعة وتفنن في اصناف العلوم من الفقه والحديث وأسماء الرجال واللغة، له مصنفات قيمة أهمها "رياض الصالحين" و"الأذكار" و"شرح صحيح مسلم" في الحديث، و"المجموع شرح المذهب" و"روضة الطالبين" و"المنهاج" في الفقه، و"تهذيب الأسماء واللغات"، توفي سنة ٦٧٦هـ.

ينظر: طبقات الشافعية للسبكي (٨/٣٩٥)، شذرات الذهب (٥/٣٥٤)، الفتح المبين (٢/٨١).

(٥) شرح النووي على صحيح مسلم (٩/٨٩).

٦- وعن أم سلمة رضي الله عنها، قالت: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (إنه يستعمل عليكم أمراء فتعرفون وتنكرون، فمن كره فقد برئ، ومن أنكر فقد سلم، ولكن من رضي وتابع، قالوا: أفلا نقاتلهم؟ قال: لا ما صلوا)^(١).

وجه الدلالة: إن النبي صلى الله عليه وسلم شرع لأئمة إيجاب إنكار المنكر ليحصل بإنكاره من المعروف ما يحبه الله ورسوله، فإن كان إنكار المنكر يستلزم ما هو أنكر منه، وأبغض إلى الله ورسوله، لا يسوغ إنكاره، وإن كان الله تعالى ييغضه ويمقت أهله، وهذا كالإنكار على المملوك والولاء بالخروج عليهم، فإنه أساس كل شر وفتنة إلى آخر الدهر، فمفسدة الفتنة التي تتأتى من الخروج على الحكام تقدم على مصلحة تغيير الحاكم بحاكم طائع لله ورسوله^(٢).

٧- قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تقطع الأيدي في الغزو)^(٣).

وجه الدلالة: فمصلحة تطبيق حدود الله التي أمر بها، أُخِّرَت عن مفسدة لحوق صاحب الحد بالمشرّكين حمية وغضباً^(٤).

٨- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: إن رسول الله صلى الله عليه وسلم لعن زوَّارت القبور^(٥).
وجه الدلالة: مصلحة زيارة القبور للنساء رغم ما فيها من مصلحة ظاهرة، كترقيق القلوب والتذكير بالآخرة، لكن ما يقارن زيارتهن من المفسدات من فتنة الأحياء، وإيذاء الأموات، والفساد الذي لا

(١) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: الإمارة. باب وجوب الإنكار على الأمراء فيما يخالف الشرع، وترك قتالهم ما صلوا ونحو ذلك. ح (٤٩٠٦)، (٢٣/٦).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٤).

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الحدود. باب: لا تقطع الأيدي في الغزو. ح (١٤٥٠)، (٥٣/٤). عن بسر بن أرطأة - رضي الله عنه - قال الترمذي: هذا حديث غريب. وقال الألباني: صحيح. ويقصد بالغريب في اصطلاح الترمذي أي أنه من غرائب الشيوخ، أي تفرد بهذا الإسناد شيخ ما، وقد يكون المتن صحيح أو حسن أو ضعيف، بحسب المتفرد، وكيفية التفرد، وبحكم على الحديث بما يستحقه بعد الدراسة المستفيضة فليس كل غريب ضعيف. انظر: الشذا الفياح من علوم ابن الصلاح: (٤٤٧/٢) فيكون حكم الترمذي على الإسناد، وحكم الألباني على المتن بعد الدراسة المستفيضة للحديث.

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٤).

(٥) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الجنائز. باب: كراهية القبور للنساء. ح (١٠٥٦)، (٣٧١/٣). وابن ماجه في سننه، كتاب: الجنائز. باب: ما جاء في النهي عن زيارة النساء القبور. ح (١٥٧٦)، (٥١٥/٢). قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح.

سبيل إلى منعه إلا بمنعهم، أعظم مفسدة من مصلحة يسيرة تحصل لهن بالزيارة، والشرعية مبنها على تحريم الفعل إذا كانت مفسدته أرجح من مصلحته، ورجحان هذه المفسدة لا خفاء فيه .

٩- قال صلى الله عليه وسلم: (إذا أمرتكم بشيء فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه)^(١)

وجه الدلالة : الحديث جازم في ضرورة اجتناب كافة المنهيات، بينما المأمورات خففها وعلقها بالاستطاعة^(٢).

ج- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

تقدير المصلحة أو المفسدة في العقد المستجد من أهم ما يحتاجه الفقيه ليقدر الرأي الذي يبني حكمه عليه ، فالمفسدة إن وجدت في أمر كانت أولى بالنظر من تحقق المصلحة فيه ؛ لأن المفسدة ضرر يقع ، والمصلحة خير يأت ، وطلب دفع الضرر أقوى من طلب المصلحة ، والعقود المستجدة ميدان خصب فسيح للناظر يتحرى فيه دقة الموازنة بين المفسدة والمصلحة ، فإذا تساوى قدم دفع المفسدة على جلب المصلحة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الاعتصام بالكتاب والسنة. باب: الاقتداء بسنن الرسول - صلى الله عليه وسلم - . ح(٧٢٨٨)، (١١٧/٩). ومسلم في صحيحه، كتاب: الحج. باب: فرض الحج مرة في العمر. ح(٣٣٢١)، (١٠٢/٤). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - . واللفظ لمسلم.

(٢) الأشباه والنظائر لابن النجيم ص (٩٠) .

المطلب الخامس

قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد^(١)

أ-التعريف بالقاعدة:

موارد الأحكام على قسمين: مقاصد وهي متضمنة للمصالح والمفاسد في نفسها، ووسائل وهي الطرق المفضية إليها، ولما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها في أحكامها معتبرة بما فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود، لكنه مقصود قصد الغايات وهي مقصودة قصد الوسائل، فإذا كان مأمورا بشيء كان مأمورا بما لا يتم إلا به، فما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب، وما لا يتم المسنون إلا به فهو مسنون، ووسيلة المباح مباح، ويتفرع عليها الأعمال ومكملاتها تابعة لها، وإذا كان منها عن شيء كان منها عن جميع وسائله وذرائعه الموصلة إليه، فطرق الحرام والمكروهات تابعة لها، في كراهتها والمنع منها بحسب إفضاؤها إلى غايتها وارتباطاتها بها، فإذا حرم الرب تعالى شيئا وله طرق تفضي إليه فإنه يجرمها ويمنع منها تحقيقا لتحريمه، وتثبيتا له ومنعا أن يقرب حماه، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضا للتحريم وإغراء للنفوس به وحكمه تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء^(٢)

المقاصد أعلى من الوسائل وأعظم رتبة وأجرا، ومراعاة المقاصد مقدمة على رعاية الوسائل، فالوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطا، أما المقاربة قد يختلف في إلحاقها بالمفضي كافتناء الخمر للتخليص بخلاف البعيد كعمل الخل، هذا هو الأصل الذي لا ينتقل عنه إلا بدليل على غيره أو معارض فيه^(٣). فإذا سقط المقصود سقطت الوسيلة وإذا سقط المتبوع سقط التابع^(٤)، فإنها تبع له في الحكم، فالوسيلة إذا كانت ليست واجبة لكن يبقى اعتبار استحبابها، فإذا سقط اعتبار وجوب الوسيلة بقي استحباب السير إليها كذلك في سائر الأحكام الأخرى كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة فمن لم يجب عليه هذا الشيء لم تجب عليه وسيلته كذلك إذا لم يستحب^(٥)

(١) ينظر: قواعد الأحكام (١٠٤، ٤٦/١)، الفروق (١٥٣/٢)، القواعد النورانية ص (١٦٩)، القواعد

والأصول الجامعة ص (١٠)، تقرير الوصول ص (٢٥٣).

(٢) ينظر: القواعد المستخرجة من إعلام الموقعين ص (٥٠٠)، شرح القواعد السعدية ص (٣٩، ٤٠)، إعلام

الموقعين (١٧٥/٣، ١٧٨)، الفروق (٣٣/٢).

(٣) ينظر: الفروق (٣٣/٢)، القواعد للمقري (٣٩٣/٢، ٣٩٤).

(٤) ينظر: شرح القواعد السعدية ص (٤٢، ٤٣).

(٥) ينظر: شرح القواعد السعدية ص (٤١).

وقد بين ابن القيم^(١) - رحمه الله - أقسام الوسائل المفضية إلى المفسدة بقوله:

"الفعل أو القول المفضي إلى المفسدة قسمان:

أحدهما: أن يكون وضعه للإفضاء إليها كشرب المسكر المفضي إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا المفضي إلى اختلاط المياه وفساد الفراش ونحو ذلك أفعال وأقوال وضع مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها.

والثاني: أن كون موضوعه للإفضاء إلى أمر جائز أو مستحب فيتخذ وسيلة إلى المحرم إما بقصده أو بغير قصد منه:

فالأول: كمن يعقد النكاح قاصدا الحليل أو يعقد البيع قاصدا به الربا أو يخالغ قاصدا به الحنث ونحو ذلك.

والثاني: كمن يصلي طوعا بغير سبب في أوقات النهي أو يسب أرباب المشركين بين أظهرهم أو يصلي لله بين يدي القبر، ثم هذا القسم من الذرائع نوعان:

أحدهما: أن تكون مصلحة الفعل أرجح من مفسدته.

والثاني: أن تكون مفسدته راجحة على مصلحته، فهاهنا أربعة أقسام:

١/: وسيلة موضوعه للإفضاء إلى المفسدة .

٢/: وسيلة موضوعه للمباح قصد بها التوصل إلى المفسدة.

٣/: وسيلة موضوعه للمباح لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالبا ومفسدتها أرجح من مصلحتها.

٤/: وسيلة موضوعه للمباح وقد تفضي إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها فمثال الأول والثاني تقدم ومثال الثالث: الصلاة في أوقات النهي ومسبة آلهة المشركين بين ظهرانهم وتزوين المتوفى عنها في زمن عدتها .

ومثال الرابع: النظر إلى المخطوبة والمستامة والمشهود عليها ومن يطؤها ويعاملها، وفعل ذوات الأسباب في أوقات النهي وكلمة الحق عند ذي سلطان جائز ونحو ذلك، فالشريعة جاءت بإباحة هذا القسم أو استحبابه أو إيجابه بحسب درجاته في المصلحة، وجاءت بالمنع من القسم الأول كراهة أو تحريما بحسب درجاته في المفسدة بقي النظر في القسمين الوسط: هل هما مما جاءت الشريعة بإباحتهما أو المنع منهما^(٢).

(١) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

(٢) إعلام الموقعين (٣/١٨٠-١٨١) .

وقد تكون وسيلة المحرم غير محرمة إذا أفضت إلى مصلحة راجحة كالتوسل إلى فداء الأسارى بدفع المال للكفار الذي هو محرم عليهم الانتفاع به بناء على أنهم مخاطبون بفروع الشريعة عند الإمام مالك - رحمه الله - ، وكدفع المال للمحارب حتى لا يقع القتل بينه وبين صاحب المال عند مالك ولكنه اشترط فيه أن يكون يسيرا فهذه الصور لدفع وسيلة إلى المعصية بأكل المال ومع ذلك فهو مأمور به لرجحان ما يحصل من المصلحة على هذه المفسدة بل قد تكون الوسيلة إلى المحرم واجبة لكن لا يكون ذلك إلا بدليل^(١).

واعتبر العلماء فهم هذه القاعدة من الأساسيات التي يقوم عليها اجتهد المجتهد، وجعلوها شرطاً مطلوباً فيه ، وهي مما يعمل في مقامي الترجيح ودفع التعارض^(٢)

ولضبط وسيلة المقصد يجب مراعاة ما يلي:

- ١- النظر في نصوص الشريعة .
- ٢- تبين وجوه التعارض الظاهري بين نصوص الشريعة.
- ٣- البحث عن علل الأحكام .
- ٤- إيجاد الحكم غير المنصوص عليه .
- ٥- التقليل من الأحكام التعبدية^(٣).

ولهذا يقول العلماء ما حرم تحريم الوسائل أبيح للحاجة ، وذلك مثل النظر إلى الأجنبية فإنه يباح ، لتحقيق مصلحة استدامة الزواج وحسن العشرة ، وهو من الحاجيات ، وقد قدمت هذه المصلحة على مفسدة النظر إلى امرأة أجنبية .

(١) ينظر: الفروق (٣٣/٢) ، القواعد للمقري (٣٩٤/٢) ، شرح القواعد السعدية ص (٤١) .

(٢) ينظر: القواعد للمقري (٤٧٢، ٤٧١/٢) ، البرهان (١٣٣٨/٢) ، الإجماع (٢٠٦/٣) ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٣٧٧، ٣٧٦/٤) .

(٣) ينظر: المقاصد لابن عاشور ص (١٣٨ - ١٥٩) ، بين علمي المقاصد والأصول ص (١٥٢) .

ب-أدلة القاعدة:

١- قال تعالى: ﴿عَتَوْا عَنْ مَا نُهِوا عَنْهُ قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾ [الأعراف: ١٦٦].

وجه الدلالة: إن الله مسح اليهود قردة وخنازير لما توسلوا إلى الصيد الحرام بالوسيلة التي ظنوها مباحة، فالطريقة التي تفضي إلى الحرام فإن الشريعة لا تأتي بإباحتها أصلاً، لأن إباحتها وتحريم الغاية جمع بين النقيضين، فلا يتصور أن يباح شيء ويحرم ما يفضي إليه، بل لا بد من تحريمها أو إباحتها والثاني باطل قطعاً فيتعين الأول^(١).

٢- قال تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَلَا يَطْغُونَ مَوْطِئًا يَغِيظُ الْكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنْ عَدُوٍّ نِيلاً إِلَّا كُتِبَ لَهُمْ بِهِ عَمَلٌ صَالِحٌ إِنَّ اللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ الْمُحْسِنِينَ﴾ [التوبة: ١٢٠-١٢١].

وجه الدلالة: دلت الآية على حسن الوسائل الحسنة، فالظمأ والنصب وإن لم يكن من فعلهم أثأهم الله عليه، بسبب أنهما حصلاً لهم سبب التوسل إلى الجهاد الذي هو وسيلة لإعزاز الدين ووصون المسلمين فيكون الاستعداد وسيلة الوسيلة، ومع ذلك أثأهم عليه^(٢).

٣- قال تعالى: ﴿وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدَوًّا بِغَيْرِ عِلْمٍ﴾ [الأنعام: ١٠٨].

وجه الدلالة: حرم الله سب آلهة المشركين مع كون السب غيظاً وحمية لله وإهانة لألهتهم لكونه ذريعة إلى سبهم لله تعالى، وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لألهتهم وهذا كالتنبيه بل كالتصريح على المنع من الجائز لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز^(٣).

(١) تهذيب السنن (١٠٢/٥) .

(٢) ينظر: الفروق (٣٣/٢) .

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٣/ ١٨١) .

٤- قال تعالى: ﴿وَلَا يَضْرِبَنَّ بِأَرْجُلِهِنَّ لِيُعْلَمَ مَا تُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾ [النور: ٣١] .

وجه الدلالة: فمنع النساء من الضرب بالأرجل وإن كان جائزا في نفسه لئلا يكون سببا إلى سماع الرجال صوت الخلخال فيثير ذلك من دواعي الشهوة منهم إليهن^(١)

٥- قال تعالى: ﴿أَذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ﴾ ﴿٤٣﴾ فَقُولَا لَهُ قَوْلًا لَّيِّنًا لِّعَلَّهُ يَتَذَكَّرُ أَوْ تَخْشَىٰ﴾ [طه: ٤٤] .

وجه الدلالة: أمر تعالى أن يلينا القول لأعظم أعدائه وأشدهم كفرا وأعتاهم عليه لئلا يكون إغلاظ القول له ذريعة إلى تنفيره وعدم صبره لقيام الحجة فنهاهم عن الجائر لئلا يترتب عليه ما هو أكره إليه تعالى^(٢).

٦- قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ [الجمعة: ٩] .

وجه الدلالة: أنه تعالى نهي عن البيع وقت نداء الجمعة لئلا يتخذ ذريعة إلى التشاغل بالتجارة عن حضورها^(٣)

٧- أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة ينكحها فهجرته إلى ما هاجر إليه)^(٤)

وجه الدلالة: أن المهاجر إلى دنيا يصيبها هو "متوسل بالوسيلة التي صورتها مباحة إلى المحرم وإنما نيته المحرم، ونيته أولى به من ظاهر عمله"^(٥)

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) ينظر: المرجع السابق (٣ / ١٨٢) .

(٣) المرجع السابق (٣ / ١٨٣) .

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: بدء الوحي. باب: كيف كان بدء الوحي إلى الرسول - صلى الله عليه

وسلم - . ح(١)، (٢/١). عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه - .

(٥) القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين ص (٥٠٣) .

٨- قال صلى الله عليه وسلم: (إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار، قلت: يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول؟ قال: كان حريصاً على قتل صاحبه)^(١)
وجه الدلالة: حكم على المقتول بالنار لأنه توسل إلى مقصود محرم وهو قتل أخيه .

٩- هي النبي صلى الله عليه وسلم أن يجمع الرجل بين سلف وبيع^(٢).

وجه الدلالة: معلوم أنه لو أفرد البيع عن السلف لصح، وإنما النهي لأن اقتران أحدهما بالآخر ذريعة إلى أن يقرضه ألفاً ويبيعه سلعة تساوي ثمانمائة بألف أخرى فيكون قد أعطاه ألفاً وسلعة بثمانمائة ليأخذ منه ألفين وهذا هو معنى الربا، فظهرت حماية الشارع لذريعة الربا بكل طريق^(٣).

١٠- تحريم العينة: يدل على المنع من عود السلعة إلى البائع وإن لم يتواطأ على الربا وما ذاك إلا سدا للذريعة^(٤).

١١- أن النبي صلى الله عليه وسلم منع المقرض من قبول الهدية وكذلك أصحابه حتى يحسبها من دينه، قال الرسول - صلى الله عليه وسلم -: (إذا أقرض أحدكم أخاه قرضاً، فأهدي إليه طبقاً،

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الإيمان. باب: (وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما) / {الحجرات ٩}. ح (٣١)، (٢٠/١) وفي كتاب: الديات. باب: قول الله تعالى: (ومن أحيها) {المائدة ٣٢}. ح (٦٤٨١)، (٢٥٢٠). وفي كتاب: الفتن. باب: إذا التقى المسلمان بسيفيهما. ح (٦٦٧٢)، (٢٥٩٤/٦). ومسلم في صحيحه. كتاب: الفتن وأشراط الساعة. باب: إذا تواجه المسلمان بسيفيهما. ح (٧٤٣٥)، (١٧٠/٨). عن أبي بكره - رضي الله عنه -.

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: البيوع. باب: في الرجل يبيع ماليس عنده. ح (٣٥٠٦)، (٣٠٣/٣). والترمذي في سننه، كتاب: البيوع. باب: ما جاء في كراهة بيع ماليس عندك. ح (١٢٧٩)، (١٤١/٥). والنسائي في سننه. كتاب: البيوع. باب: بيع ما ليس عند البائع. ح (٤٦١١)، (٢٨٨/٧). عن عبدالله بن عمر بن العاص - رضي الله عنهما - . وقال الترمذي عند تخريجه: حديث حسن صحيح. والمقصود بقول الترمذي حسن صحيح: أي: إن كان للحديث إسنادان فاكثر، فالمعنى حسن باعتبار إسناد، وصحيح باعتبار إسناد آخر. أم إن كان له إسناد واحد فالمعنى حسن عند قوم، وصحيح عن آخرين. انظر: تدريب الراوي: (١٥٣/١-١٦٥).

(٣) إعلام الموقعين (١٨٧/٣-١٨٨).

(٤) المرجع السابق .

فلا يقبله، أو حملة على دابة، فلا يركبها إلا أن يكون جرى بينه وبينه قبل ذلك^(١) وما ذاك إلا لئلا يتخذ ذلك ذريعة إلى تأخير الدين لأجل الهدية فيكون ربا، فإنه يعود إليه ماله وأخذ الفضل الذي استفاد بسبب القرض^(٢).

١٢- أن النبي صلى الله عليه وسلم فهم أن يخطب الرجل على خطبة أخيه أو يستام على سوم أخيه، أو يبيع على بيع أخيه^(٣)، وما ذاك إلا أنه ذريعة إلى التباغض والتعادي فقياس هذا أنه لا يستأجر على إجارته، ولا يخطب ولاية ولا منصبا على خطبته، وما ذاك إلا ذريعة إلى وقوع العداوة والبغضاء بينه وبين أخيه^(٤).

١٣- أن صلى الله عليه وسلم فهم أن تباع السلع حيث تباع حتى تنقل عن مكانها^(٥) وما ذاك إلا لأنه ذريعة إلى جحد البائع البيع وعدم إتمامه إذا رأى المشتري قد ربح فيها فيغره الطمع وتشح نفسه بالتسليم كما هو الواقع و أكد هذا المعنى بالنهي عن ربح ما لم يضمن وهذا من محاسن الشريعة وألطف باب لسد الذرائع^(٦).

د- علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

كثيرة هي الغايات التي تتداخل في العقود المستجدة ، ذلك أنها غالبا عقود مركبة ، مما يجعل لكل عقد غايته ، هذا غير كونها عقودا استوردت من البنوك التقليدية ثم أعدنا النظر في تأصيلها الشرعي ، هذا ما يجعلنا نعتني بالوسائل وغاياتها لئتم لنا استخراج الحكم على الوجه الأقرب للصواب ، فإن فسدت الغاية فسدت الوسيلة ، والعكس صحيح.

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الصدقات. باب: القرض. ح (٢٤٢٣)، (٥٠١/٣). قال البوصيري:

إسناده فيه مقال. وقال الألباني: ضعيف. انظر: مصباح الزجاجة: (٧٠/٣).

(٢) إعلام الموقعين (١٨٨/٣)

(٣) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: النكاح. باب: تحريم الجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها في النكاح. ح

(٣٥٠٨)، (١٣٦/٤). وباب: تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك. ح (٣٥٢٤)، (١٣٨/٤).

(٤) إعلام الموقعين ١٩٣/٣

(٥) إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - (فهم أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم)

أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الإجارة. باب: باب في بيع الطعام قبل أن يستوفي. ح (٣٥٠١)، (٣٠٠/٣).

عن ابن عمر - رضي الله عنه - صححه الحاكم في المستدرک: (٤٠/٢).

(٦) إعلام الموقعين (١٩٦/٣) .

المطلب السادس

قاعدة: إبطال الحيل.

أ-التعريف بالقاعدة:

تعريف الحيلة: للحيلة معنى عام، ومعنى خاص .

أما المعنى العام: فهو كل ما يتوصل به إلى مقصود خفي سواء كان الطريق مشروعاً أو لا، وسواء كان المقصود إليه أيضاً شرعياً أو غير شرعي^(١).

فهي بهذا المعنى تشمل أربعة صور:

١-استعمال الجائز لمثله.

مثل: الزواج بقصد حفظ النسل، والخلع بقصد تعويض الزوج عما قد يلحقه من خسارة بسبب المفارقة.

٢-استعمال المحذور لمثله.

مثل: النسيئة بقصد التحريض على القتل، وحفر بئر وسط الطريق بقصد إلحاق الضرر بالغير.

٣-استعمال المحذور للجائز.

مثل: شهادة الزور بقصد إثبات حق قد أنكره المدعى عليه.

٤-استعمال الجائز للمحذور.

مثل: الزواج بقصد التحليل، أو الهبة بقصد إسقاط الزكاة.

فهذه الأنواع محل اتفاق بين الفقهاء باستثناء النوع الأخير الذي دار حوله كلام كثير بين الفقهاء بين مجوز ومانع^(٢).

(١) ينظر: الجامع لأحكام القرآن (٣٤٧/٥) ، فتح الباري (٢٧٥/١٢) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية

(١٩١/٣) ، إعلام الموقعين (٢٤٠/٣ ، ٢٤١) ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر (٢١٩/٤) .

(٢) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٦٧) .

أما المعنى الخاص، وهو الذي يقصد في هذه القاعدة:

فقد عرفه الشاطبي - رحمه الله - ^(١) بقوله: " التحيل قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام آخر بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن، سواء كانت الأحكام من خطاب التكليف أو من خطاب الوضع" ^(٢).

وعرفه ابن تيمية ^(٣) - رحمه الله - بقوله: " الحيلة أن يقصد سقوط الواجب أو حل الحرام بفعل لم يقصد من جعل ذلك الفعل له أو ما شرع " ^(٤)، ^(٥)، أما البوطي فقد عرفه بقوله: " قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل " ^(٦).

ومن التعريفات السابقة يتبين أن للحيلة أربعة أركان:

١- الوسيلة: وهي التي يتوصل بها إلى المقصود قولاً كانت أو فعلاً، وقد اتفقوا على اشتراط مشروعيتهما وإلا كانت حراماً كأن تردت الزوجة عن الإسلام لتفسخ نكاحها فتتخلص من زوجها (وهذا من قبيل حيل بني إسرائيل وقد اتفق على حرمتها) .

٢- المقصد: وهو الغاية التي يراد التوصل إليها عن طريق الوسيلة، وقيدوه بمخالفة أمر الشارع أو قلب الحكم فيصير الواجب ساقطاً والحرام حلالاً، واختلفوا في حد هذا القيد حسب مذهبهم في الحيل فمن حرمها ومنعها أطلق قلب الأحكام عن أي قيد، بحيث يدخل فيها كل ما يؤدي لإسقاط الواجب أو تحليل الحرام، ثم يفصل الشاطبي - رحمه الله - ^(٧) : "فإن فرضنا أن الحيلة لا تخدم أصلاً شرعياً ولا تناقض مصلحة شهد الشرع باعتبارها فهي داخلة في النهي وإلا هي باطلة" ^(٨) ومن أجازها توسع في العمل بما أطلق قلب الأحكام عن التقييد بحيث يدخل المعنى الخاص باعتبارها مشروعة فكل ما يؤدي إلى التخلص من الحرام أو التوصل للحلال (الذي لا يؤدي إلى تغيير حكم لآخر بأن ترتب المسبب على

(١) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٢) الموافقات (٢٠١/٤) .

(٣) تم التعريف به سابقاً ، ص (٤٤) .

(٤) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٠٩/٣) .

(٥) ينظر: مقاصد الشريعة لليوبي ص (٥٨٤) ، موسوعة القواعد الفقهية في المعاملات المالية ص (٣١٣) ، بين

علمي المقاصد و الأصول ص (٣١٨) ، ضوابط المصلحة للبوطي ص (٢٥٥) .

(٦) ضوابط المصلحة للبوطي ص (٢٥٨ ، ٢٥٩) .

(٧) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٨) الموافقات (٢٦٦/٢) .

سببه مباشرة لا يصح أن يطلق عليه لفظ حيلة إضافة لأن حقيقتها تفيد التحيل على حكم ولا يتم ذلك إلا بانتقال من حكم لآخر).

٣-**القصد:** وهو نية التوصل إلى المقصود بسلوك الوسيلة المفضية إليه، وقد اتفقوا على اشتراطه، فالفعل لا يكون حيلة إلا إذا قصد المكلف من خلاله تغيير الحكم فلو وهب إنسانا ماله قبل الحول ثم أرجعه بعقد هبة آخر بعد مرور وقت إخراج الزكاة دون تواطؤ منهما تسقط الزكاة، أو إن اشترى شيئا يساوي مائة ألف يبرئه البائع من تسعمائة دون قصد منهما على إسقاط الشفعة فيعتبر فعلهما صحيحا ولا تجب الشفعة^(١).

٤-**الخفاء في وجه التوصل إلى المقصود.**

فمحور البحث يدور حول حيلة بمعناها الخاص وهو قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل لأن الحيلة التي أجمع الفقهاء على حرمتها كحيل بني إسرائيل وحيل المنافقين والمرائين لا شأن لنا بها^(٢).

أقسام الحيل^(٣):

القسم الأول: الطرق الخفية التي يتوصل بها إلى ما هو محرم في نفسه بحيث لا يحل بمثل ذلك السبب بحال، فمتى كان المقصود بها محرما في نفسه فقد قرر أنها حرام باتفاق المسلمين وصاحبها فاجر ظالم آثم.

كالتحيل على هلاك النفوس وأخذ الأموال المعصومة وفساد ذات البين وحيل الشياطين على إغواء بني آدم وحيل المخادعين بالباطل على إدحاض الحق وإظهار الباطل، فكل ما هو محرم في نفسه فالتوصل إليه محرم بالطرق الظاهرة والخفية بل التوصل إليه بالطرق الخفية أعظم إثما وأكبر عقوبة فإن أذى المخادع وشره يصل إلى المظلوم من حيث لا يشعر ولا يمكنه الاحتراز عنه.

وتحت هذا القسم نوعان:

النوع الأول: ما يظهر فيه أن مقصود صاحبه الشر والظلم.

(١) ينظر: كتاب الحيل الخفاف ص (٤٠)، بين علمي المقاصد والأصول ص (٣١٨)، الحيلة الفقهية ص (٢٦).

(٢) الحيلة الفقهية ص (٢٨).

(٣) تقسيم ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله، ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٩٢/٣-٢٠٤)، إعلام الموقعين (٣/٣٢٨-٣٣٧)، إغاثة اللهفان (٢/٧٢-٨٠).

كحيل اللصوص والظلمة والخونة " ولا مدخل لهذا في الفقه "

النوع الثاني: ما يظهر فيه المحتال أن قصده الخير ومقصوده الظلم وقد لا يمكن الاطلاع على مقصوده غالبا. كإقرار المريض لوارث لا شيء له عنده قصدا لتخصيصه بالمُقرّ به، أو إقراره بوارث وهو غير وارث إضرارا بالورثة "فهذا محرم باتفاق المسلمين وتعليمه هذا الإقرار حرام والشهادة عليه مع العلم بكذبه حرام والحكم بصحته مع العلم ببطالانه حرام" ^(١). فهذه الحيلة في نفسها محرمة لأنها كذب وزور والمقصود بها محرم لكونه ظلما وعدوانا .

القسم الثاني: أن يقصد بالحيلة أخذ حق أو دفع باطل وينقسم لثلاثة أقسام:

- ١- أن يكون الطريق محرما في نفسه وإن كان المقصود به حقا مثل أن يكون له على رجل حق فيجحد فيقيم شاهدين لا يعلمانه فيشهدان به زورا فهذا محرم قبيح.
- ٢- أن يكون الطريق مشروعاً وما يفضي إليه مشروع وهذه هي الأسباب التي نصبها الشارع مفضية إلى مسبباتها كالبيع والإجارة وليس هذا من باب الحيل إلا من حيث الاسم وهو مشروع.

- ٣- أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره فيتخذها هو طريقا إلى هذا المقصود الصحيح أو قد تكون وضعت له لكن تكون خفية ولا يفطن لها وظاهر كلام ابن القيم -رحمه الله- ^(٢) جوازها .

القسم الثالث: أن يقصد حل ما حرمه الشرع أو سقوط ما أوجبه بأن يأتي بسبب قد نصبه الشارع سببا إلى أمر مباح مقصود فيجعله المحتال المخادع سببا إلى أمر محرم مقصود اجتنابه وهذا حرام من وجهين:

من جهة غايته فإن المقصود به إباحة ما حرمه الله ورسوله وإسقاط ما أوجبه. ومن جهة سببه فإنه اتخاذ آيات الله هزوا وقصد بالسبب ما لم يشرع لأجله ولا قصده به الشارع بل قصد ضده فقد ضاد الشارع في الغاية والحكمة والسبب جميعا، وهذا القسم الذي كثر فيه تصرف المحتالين ممن ينتسب إلى الفتوى ... فإنه قد اشتبه أمره على المحتالين" ^(٣).

^(١) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٩٣/٣) ، إغاثة اللهفان (٧٣/٢) .

^(٢) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

^(٣) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٩٤/٣) .

وتحت هذا القسم أنواع:

- ١- الاحتيال لحل ما هو حرام في الحال كالحيل الربوية وحيل التحليل.
- ٢- الاحتيال على حل ما انعقد سبب تحريره فهو صائر إلى التحريم ولا بد كما إذا علق الرجل طلاق زوجته بشرط محقق تعليقا يقع به ثم أراد منع الطلاق عند الشرط فخالعها خلع الحيلة حتى بانث ثم تزوجها بعد ذلك.
- ٣- الاحتيال على إسقاط ما هو واجب في الحال كالاختيال على إسقاط الإنفاق الواجب عليه وأداء الدين الواجب وإسقاط الصيام الواجب عليه بإنشاء سفر.
- ٤- الاحتيال على إسقاط ما انعقد وجوبه ولم يجب لكنه صائر إلى الوجوب فيحتال حتى يمنع الوجوب كالاختيال على إسقاط الزكاة بتمليكه ماله قبل مضي الحول لبعض أهله ثم استرجاعه بعد ذلك.

القسم الرابع: الاحتيال على أخذ بدل حقه أو عين حقه بخيانة.

واتفق التقسيمان في أنه ما كان من الحيل مخالفا لمقصود الشارع فهو باطل سواء توصل إليه بمباح أو بحرام، فمن الضروري إبطال التحايل على نصوص الشارع لكونه تلاعبا بنصوص الشريعة واقتحاما لأسوارها وتضييعا لمقاصدها

ضوابط الحيل عند من قال بها:

١- عدم معارضتها للكتاب والسنة .

فالمقصود ألا تعارض الحيلة حكما ثابتا في الكتاب والسنة سواء كان دليل هذا الحكم قطعي الدلالة أو ظنيها، فإن كانت غير مستندة لدليل فهي باطلة باتفاق الفقهاء، وهي حيل محرمة كحيلة الصيد في الإحرام فينصب شباكا أو مصيدة قبل إحرامه ويأخذ ما وقع فيها بعد التحلل من الإحرام. وهي تعارض صريح القرآن بدليل قوله تعالى: ﴿ غَيْرِ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ ﴾ [المائدة: ١]

أما إذا كانت الحيلة مستندة إلى دليل وعارضت دليل الكتاب، فإما أن يكون هذان الدليلان قطعيين أو ظنيين. فإن كانا قطعيين وجب الجمع بينهما؛ وبهذا الجمع تكون الحيلة ولا بد، ومثاله: وفاء المورث المريض دينا عليه للوارث ولا بينة له واجب بدليل: ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْب كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا ﴾ [البقرة: ٢٨٢] يتحقق فيها مدلول النصين من وجوب دفع

الدين إلى الوارث مع عدم تخصيصه، غير أن هذا الوفاء الذي لا يتم إلا بالإقرار أو التبرع باطل بطلان الوسيلة، فالإقرار باطل للتهمة والتبرع باطل أيضا ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ﴾ [النساء: ١٢]، فدليل وجوب الوفاء معارض لدليل منع التبرع للوارث، ولا سبيل إلى إزالة هذا التعارض والتوفيق بين الدليلين إلا بحيلة يتحقق فيها مدلول النصين من وجوب دفع الدين إلى الوارث مع عدم تخصيصه بشيء من المال دون بقية الورثة ودفع التهمة عنه، فإذا سلك المورث المريض سبيل هذه الحيلة كان موفيا لما عليه من دين مؤديا لواجبه غير واقع فيما نهي الله عنه من التبرع للوارث دافعا للتهمة عن نفسه بذلك^(١).

أما إذا كان دليل الحيلة ظنيا ودليل الكتاب قطعيًا سقط العمل بالحيلة.

مثاله: دلالة قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾ [البقرة: ٢٧٥] على نفي المماثلة بين البيع والربا في الحل والحرمة فإذا ظهر لمجتهد حيلة مبنية على مصلحة خاصة من جلب نفع أو دفع ضرر تخالف دلالة النص هنا فهي باطلة لأن دليل الحيلة المبني على المصلحة ظني مهما قوي، ودلالة النص قطعية فيترجح القطعي على الظني^(٢).

أما إذا كان دليل الحيلة قطعيًا ودليل الكتاب ظنيًا أو كلاهما ظنيين فإن إزالة التعارض بينهما مردده الاجتهاد^(٣).

أما السنة فسنة الآحاد هي المقصودة بعدم معارضة الحيلة لها، أما المتواترة فإن الحيلة لا تكاد تعارضها لقلة وجود هذا النوع من السنة إضافة إلى أن مدار الوجود منها أغلبه يشمل أفعال النبي صلى الله عليه وسلم وهي خارجة عن دائرة التحيل^(٤).

فالحيلة إذا عارضت حكما ثابتًا دل عليه دليل من السنة إما أن تستند إلى دليل أو لا، فإذا كانت غير مستندة إلى دليل فهي باطلة بإجماع الفقهاء، كحيلة التحليل لعودة المرأة إلى زوجها إذا اشترط ذلك في العقد أو تم الاتفاق عليه بين الزوجين أو بين الزوجة والزوج الثاني قبل العقد عند من يرى أن التحريم لأجل ذلك فهذه الحيلة معارضة بقوله صلى الله عليه وسلم: (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٥).

(١) ينظر: الحيل الفقهية ص (١١٩، ١٢٠).

(٢) ينظر: المرجع السابق ص (١٢٢).

(٣) ينظر: المرجع السابق.

(٤) ينظر: المرجع السابق ص (١٢٣، ١٢٤).

(٥) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: النكاح. باب: في التحليل. ح (٢٠٧٨)، (١٨٨/٢). والترمذي في سننه، كتاب: النكاح. باب: المحل والمحلل له. ح (١١٢٠)، (٤٢٨/٣). وابن ماجه في سننه، كتاب: النكاح. باب: المحلل والمحلل له. ح (١٩٣٤)، (١١٦/٣). عن علي بن أبي طالب - رضي الله عنه - وقال الترمذي - عند تخريجه للحديث -: حديث حسن صحيح.

وأما إذا كانت مستندة إلى دليل فإن إزالة التعارض بينهما مردده إلى الاجتهاد، ويدخل في

ذلك اختلافهم في شروط قبول خبر الواحد، وفي هذا إما أن يمكن الجمع بينهما أو لا. فإن أمكن الجمع كانت الحيلة شرعية مثال: كذب الزوج على زوجته لأجل الإصلاح المبني على تجويز النبي صلى الله عليه وسلم، الكذب في الحرب والإصلاح بين الناس وحديث الرجل امرأته معارض للأحاديث التي تنهى عن الكذب غير أنها معارضة ظاهرة وليست حقيقية إذ يمكن الجمع بين الدليلين، وكذلك قوله تعالى ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠]، ظاهرها معارض لقوله صلى الله عليه وسلم: (لعن الله المحلل والمحلل له) ^(١) غير أن الفقهاء الذين لا يعتدون بالقصود في العقود جوزوا هذه الحيلة، وجمعوا بين دليلها ودليل السنة بأن التحليل الذي يستوجب اللعن هو ما جرى فيه الاتفاق بين الزوجة والزوج الثاني أو بين الزوجين، وذهب غيرهم إلى اعتبار حيلة محرمة منافية لما دلت عليه السنة ^(٢). وأشار إلى مدى اعتبار قصد المكلف فيما ينشئه من عقود وتصرفات أمر جوهري انبنى عليه الاختلاف بين الفقهاء في حكم كثير من الحيل. وإن لم يمكن الجمع بينهما كانت الحيلة باطلة كمنع فضل الماء لأجل منع الكأ، فظاهر الحيلة الجواز لكونها مبنية على حرية التصرف في الملك لكن لما قصد بهذا التصرف الإضرار بالغير وهو منع ماشية الغير من الكأ الذي يثبت بفضل الماء كانت محرمة ^(٣).

٢- ألا يخالف قصد المكلف فيها مقصدا من مقاصد الشارع.

للشارع في شرعه للأحكام مقاصد من جلب مصالح الدارين ودفع مفسداتهما فلا يتوصل لشيء منها إلا بطريق الشرع وضمن تكاليفه حتى يكون قصد المكلف موافقا لقصد الشارع.

وتتحقق هذه المصالح بترتب الأحكام على مسبباتها الشرعية التي وضعت لها في الأصل، كما تتحقق بسلوك هذه الأسباب وإرادة غير ما شرعت له في الأصل ولا يعتبر المكلف مناقضا لقصد الشارع إلا إذا ترتب على ما سلكه من أسباب جلب مفسد أو مصالح مرجوحة، أما إذا ترتب عليها جلب مصلحة راجحة أو دفع مفسدة فهي صحيحة، فانضباط الحيلة بهذا الضابط يمكننا من الحكم عليها بالجواز وصحتها قضاء وديانة، لذلك لا نكاد نجد مخالفا من الفقهاء لصحة حيلة وافقت قصد الشارع كجواز التعريض في الخطبة للمتوفى عنها زوجها، فالجواز هنا للخاطب التعريض بالخطبة زمن العدة ليصل إلى مقصوده من حبس المعتدة عليه، وأن لا تتزوج بغيره إذا انتهت من عدتها ^(٤).

(١) سبق تحريجه، ص (١٤٩).

(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٢٤، ١٢٥).

(٣) ينظر: المرجع السابق ص (١٢٦).

(٤) ينظر: المرجع السابق ص (١٣٠).

وما يجب التنبيه إليه هنا هو أن الخلاف بين الفقهاء في القول بالحيل والعمل بها يرجع إلى القول بمدى اعتبار قصد المكلف مؤثراً في العقد من عدمه، وهو ما يسمى عند القانونيون (أثر الباعث في العقود والتصرفات)، فمن لم يعتبر قصد المكلف مؤثراً في العقد إن توفرت أركانه وشروطه قال بجواز الحيل، فاعتبر تمام العقد وصحته وترتب آثاره عليه منوط بالإرادة الظاهرة دون الالتفات إلى الإرادة الباطنة. فلا أثر للقصد في بطلان الأسباب الظاهرة لأن الباعث لا يؤثر في اقتضاء السبب لحكمه. فحكموا بصحة بيع العينة ونكاح التحليل وغيرها. ومن اعتبر قصد المكلف مؤثراً في العقد بالصحة والإبطال منع من الحيل، واعتبر الإرادة الباطنة مؤثرة في تصحيح العقد وإبطاله دون الاكتفاء بالإرادة الظاهرة. فمضى ظهرت قرينة تدل على أن العقد يشمل قصداً غير مشروع بطل هذا العقد لأن المتعاقدين لم يجريا العقد لتترتب عليه آثاره الشرعية بل ليكون واسطة لنيل مقصود غير مشروع لم يكن الشارع رتبته على العقد أو التصرف، فقالوا بتحريم بيع العينة ونكاح التحليل وحكموا بالميراث المطلقة في مرض الموت (١).

فضابط اعتبار القصد مؤثرة في الأحكام هو أن كل حكم الصلة فيه بين العبد وربّه فلا يتوخى من ورائه فائدة عاجلة بل النية مقصودة فيه، فالعمدة فيه على الظاهر دون أن يكون للنية أثر في التصحيح أو الإفساد، والحيل بالمعنى الخاص هي وسائل مشروعة لم يطرأ عليها سوى قصد استعمالها لغير ما شرعت من أجله في عموم الأحوال، وما دامت هذه الوسائط من الأمور التي لا يتحكم القصد في صحتها وبطلانها، فهذا الذي طرأ عليها لا أثر له في بطلانها إذا كانت كاملة الأركان والشروط. وبطلانها من الجانب القضائي أما الأخرى فتتوقف صحة الحيلة على ما تجلبه من مصالح ومفاسد، فإذا ترتب على الحيلة جلب منفعة أو دفع مفسدة كانت الحيلة صحيحة، ولم يكن المتحيل بسلوكها قد ناقض مقصد الشارع، أما إذا ترتب عليها جلب مفسدة كانت باطلة لكون قصد المكلف فيها مناقضاً لمقصد الشارع (٢).

٣- أن تترتب على الحيلة مصلحة راجحة.

المتحيل في سلوكه لطريق الحيلة لا شك أنه يهدف إلى تحقيق مصلحة ما، فإما أن تكون هذه المصلحة راجحة وتشمل مصلحة التحصيل كمن أراد أن يوصي بجميع ماله في أبواب الخير ولا وارث له، وخاف أن يبطل ذلك حاكم لا يراه، فالحيلة أن يقر لإنسان يثق بدينه وأمانته بدين يحيط بماله كله ثم يوصيه إذا أخذ ذلك المال أن يضعه في الجهات التي يريد (٣)، ففعله صحيح قضاء وديانة فكان بسلوكه لطريق الحيلة محققاً لمصلحة راجحة معتبرة في نظر الشارع، أو على سبيل الإبقاء كالحلل

(١) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٣٢) .

(٢) ينظر: المرجع السابق ص (١٣٤) .

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٤/ ٣٩) .

ليقصد بنكاح التحليل الإبقاء على مصلحة ديمومة الرابطة الزوجية وحفظ الأسرة من التفكك،
وكالتحليل لمنع وقوع الطلاق حفاظا على الزوجية.

وإما أن تكون مصلحة مرجوحة مقابل تفويت مصلحة راجحة كمن يهب ماله أو جزءا منه قبل
تمام الحول حتى ينقص النصاب فلا يتعلق به زكاة ثم يسترده بعد ذلك فهذه الهبة إذا كانت وافية
بشروطها صحيحة قضاء فليس للساعي أن يأخذ منه الزكاة لكنها هبة فاسدة بينه وبين الله فيظل حق
الزكاة عالقا بدمته إلى أن يؤديه لأن المصلحة التي قصدها بالهبة مرجوحة لا قيمة لها أمام مصلحة الفقراء
الراجحة التي فوقها بذلك فكان سلوكه لطريق الحيلة صحيحا قضاء باطل ديانة^(١).

٤- ألا يتعدى مجال العمل بها إلى العبادات.

فالتحليل في العبادات باطل ومحرم ؛ لأن التعامل القائم بين العبد وربّه لا بد وأن يكون القلب هو
الحكم في أمره لأن الله عز وجل مطلع على كوامن القلوب، فهو لا يحتاج إلى دلائل الصيغ والعقود التي
تعبر عما فيها، وما يطلب من ذلك إنما يطلب ويشترط تبعا. وهذا بخلاف التحليل في المعاملات فإن
التعامل فيها بين الناس بعضهم لبعض، فلا يمكن أن يناط إلا بالدلائل الظاهرة إذ هي وحدها السبيل إلى
معرفة المقاصد، وربما اشتمل القلب أحيانا على غير ما يدل عليه ظاهر الصيغ والألفاظ، لكن الشريعة
لو أوقفت صحة هذه العقود والمعاملات إلى أن ينقطع كل احتمال مخالف لما هي عليه في الظاهر
لتعطلت معظم المعاملات و العادات بذلك عل الناس أضعاف المفاصد التي لا يمكن أن تعود عليهم من
جاء الاحتمالات المحجوبة عن الظاهر، ولذلك أناطت الشريعة صحة هذه الأحكام قضاء بأركانها
وشروطها ووكلت مقاصد الناس ونياتهم فيها ديانة إلى رب العالمين وهو ما يتوافق مع مبدأ الخيل^(٢).

٥- أن تكون الوساطة مشروعة في الأصل.

أن تكون الوساطة التي يقصد المتحليل سلوكها لنيل مقصوده مشروعة في أصل وضعها، كالزواج
بقصد التحليل والطلاق بقصد حرمان الزوجة من الميراث، والبيع بقصد الربا أو بقصد محاباة بعض
الورثة دون البعض الآخر وغيرها من الوسائط التي تفضي بقصد المكلف إلى ما شرعت من أجله. وهذا
تخرج الحيلة بمعناها الخاص عن مسمى الحيلة (وهي سلوك الطرق أو الوسائل المحرمة الموصلة إلى المقصود
سواء كان شرعيا كشهادة الزور بقصد إثبات حق قد أنكره المدعى عليه، أو كان المقصود غير شرعي
كالنميمة بقصد التحريض على القتل والتبني بقصد الإضرار بالورثة وشهادة الزور بقصد إثبات ملكية
عين غير مستحقة، فهذه الوسائط خارجة عن مسمى الحيلة بهذا المعنى.

(١) ينظر: ضوابط المصلحة للبوطي ص (٢٧٨) ، الخيل في الشريعة الإسلامية ص (٣٠٧) .

(٢) ينظر: ضوابط المصلحة للبوطي ص (٢٦٠) .

يمكن الاعتراض: أنه يتناقض مع مبدأ سد الذرائع فلا يصح اعتباره، ومنه يبطل العمل بالحيل^(١) ويجاب عنه: أن هذه المناقضة تظهر في الحيل المحرمة ديانة لأنها هي التي تؤدي إلى المفسدة غالباً ولكن لعدم ظهور قصد المكلف فيها حكم من لا يحتج بسد الذرائع بجوازها بناء على أن الأصل عنده عدم اعتبار القصود في العقود والتصرفات^(٢).

٦- أن لا يتعدى مجال العمل بما قدر تلبية الحاجة.

فالحيلة إنما يكون العمل بما لرفع الحرج والضيق عن المكلفين، فمن كان في حاجة إلى حكم يرفع عنه ذلك الحرج، فالمراد بما غير الضرورة أو الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة لأن من أحكام دفع المشقة التي تترتب على الحاجة العمل بالحيل أو المخارج التي تخرج المكلف مما وقع فيه من الضيق والحرج، وهذا بخلاف أحكام دفع المشقة التي تترتب على الضرورة.

فلا تتجاوز الحيلة قدر تلبية الحاجة ودفع الضرر، فإذا تجاوز قدر العمل بما إلى الاستغلال الناس وأكل حقوقهم بالباطل تصير باطلة ولا يجوز العمل بها^(٣).

أوجه الشبه والفرق بين الذرائع والتحيل:

بين ابن تيمية^(٤) -رحمه الله- علاقة الذرائع بالحيل فقال: "وهذه الذرائع منها ما يفضي إلى المكروه بدون قصد فاعلها ومنها ما تكون إباحتها مفضية للتوسل بها إلى المحارم فهذا القسم الثاني يجامع الحيل بحيث قد يقترون به الاحتيال تارة وقد لا يقترون، كما أن الحيل قد تكون بالذرائع وقد تكون بأسباب مباحة في الأصل ليست ذرائع.

فصارت الأقسام ثلاثة:

١- ما هو ذريعة وهو مما يحتال به، كالجمع بين البيع والسلف، وكاشتراء البائع السلعة من مشتريها بأقل من الثمن تارة وبأكثر أخرى، وكالاعتياض عن ثمن الربوي بربوي لا يباع بالأول نساء.

٢- ما هو ذريعة لا يحتال بها، كسب الأوثان فإنه ذريعة إلى سب الله.

(١) ينظر: مقاصد الشريعة ومكارمها لعلال الفاسي ص (١٥٧).

(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٤٣).

(٣) رفع الحرج لابن حميد ص (٥٤).

(٤) تم التعريف به سابقاً، ص (٤٤).

٣- ما يحتال به من المباحات في الأصل، كبيع النصاب في أثناء الحول فرارا من الزكاة، وكإغلاء الثمن لإسقاط الشفعة" (١).

أما الفرق بينهما، **فالتحيل** يراد به أعمال بعض الناس في خاصة أحواله للتخلص من حق شرعي عليه بصورة هي أيضا معتبرة شرعا حتى يظن أنه جار على حكم الشرع. وأما **الذرائع** فهي ما يفضي إلى فساد سواء قصد الناس به إفضائه إلى فساد أم لم يقصدوه، وذلك على الأحوال العامة.

فحصل الفرق بينهما من جهتين: جهة العموم والخصوص، وجهة القصد وعدمه.

و الفرق بين الحيلة والذريعة يحصل بأربعة أمور:

- ١- أن الحيل قد تكون للتخلص من قواعد الشريعة.
- ٢- اشتراط القصد في الحيل وعدم اشتراطه في الذرائع.
- ٣- اجتماع الذريعة والحيلة كإشراء البائع السلعة من مشتريها بأقل من الثمن المستحق وما شابه (٢)

ب- تحرير محل النزاع:

اتفق على ثلاثة أقسام للحيل من حيث الاتفاق على الحل والحرمة:

الأول: ما لا خلاف في بطلانه كحيل المنافقين والمرائين.

الثاني: ما لا خلاف في جوازه كالنطق بكلمة الكفر إكراها عليها.

وكلا القسمين بالغ مبلغ القطع، فعليهما تم الاتفاق.

أما موطن النزاع فهو ما لم يتبين بدليل قاطع موافقته لأدلة الشرع ومقاصد الشريعة أو مخالفته لها فمضى كان مخالفا لقصد الشارع فهو ممنوع عند جميع العلماء وما عدا ذلك مما لم يتبين فمحله خلاف (٣).

(١) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٥٧/٣) .

(٢) ينظر: بين علمي المقاصد والأصول ص (٣٢٦) .

(٣) ينظر: الموافقات (٣٨٧/٢) .

قال الشاطبي - رحمه الله - ^(١) : " لا يمكن إقامة الدليل من الشريعة على إبطال كل حيلة كما أنه لا يقوم دليل على تصحيح كل حيلة، فإنما يبطل منها ما كان مضادا لقصد الشارع خاصة وهو الذي يتفق عليه جميع أهل الإسلام ويقع الاختلاف في المسائل التي تتعارض فيها الأدلة" ^(٢)

وقال الشعبي ^(٣) - رحمه الله - : " لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وقد يكون بالحيلة ما هو أكبر فائدة وأعظم أثرا، فمن الحيل ما يتخلص به من المآثم ويخرج به إلى الحلال فما كان من هذا ونحوه فلا بأس، وإنما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق الرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموه أو يحتال في شيء حتى يدخل في شبهة" ^(٤)

فضابط الحيلة أنها إن كانت فرارا من الحرام والتباعد من الإثم فحسن وإن كانت لإبطال حق مسلم فلا، بل هي إثم وعدوان، فالحيلة متى ما تضمنت تحليل ما حرم الله وإسقاط ما فرضه ومضادته في أمره ونهيهِ، لا تكون إلا باطلة وهذا ما اتفق السلف على ذمه ^(٥)

أما سبب الخلاف فقد وضح البوطي رأيه في ذلك قائلا: "واعلم أن مصدر الشبهة في هذه المسألة هو عدم تحرير المقصود بالحيل الشرعية من جهة وعدم تحرير معنى صحتها من جهة أخرى" ^(٦)

ج- ذكر الأقوال المشهورة فيها وبيان أدلتها:

ذهب العلماء في العمل بالحيل على مذهبين:

الأول: مذهب القائلين بمشروعيتها والمثبتين لجواز العمل بها ^(٧)

وهم الأحناف، وجمهور الشافعية، وتبعهم في ذلك الظاهرية ^(٨)، والجعفرية ^(٩).

(١) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٢) الموافقات (٣٣٧/٢) .

(٣) عامر بن شراحيل بن عبد ذي كبار الشعبي ، تابعي كوفي ، أدرك خمسمائة من الصحابة أو أكثر ، توفي سنة

١٠٣ هـ ينظر : وفيات الأعيان (٣٢٧/٢) .

(٤) كتاب الحيل الخصاص ص (٤٠) ، ينظر: بين علمي المقاصد و الأصول ص (٣١٨ ، ٣٢٢) .

(٥) ينظر: إعلام الموقعين (١٦٠/٣) .

(٦) ضوابط المصلحة ص (٧٠) .

(٧) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٧١) .

(٨) تم تعريفها سابقا ، ص (٤٩) .

(٩) الجعفرية: فرقة من فرق الإمامية ، ويقال لها الباقرية ، أتباع محمد الباقر ، علي زين العابدين ، وابنه جعفر الصادق ، وكان جعفر الصادق إماما في الدين والورع ، تبرأ من مذهب الرافضة وأقوالهم في الغيبة والرجعة ، و البداء والتناسخ

أدلتهم:

١- قال تعالى: ﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاصْرِبْ بِهِ ۚ وَلَا تَحْنَثْ ۚ إِنَّا وَجَدْنَاهُ صَابِرًا ۚ نِعَمَ الْعَبْدِ إِنَّهُ أَوَّابٌ ﴾ [ص: ٤٤].

وجه الدلالة: أمر الله لأيوب عليه السلام وقد كان حلف أن يضرب امرأته مائة إذا برأ، فأحل الله له يمينه بأخذ الضغث ^(١) والضرب به، فقد شرع الله هذه الرخصة رحمة عليه وعليها لحسن خدمتها إياه ورضاه عنها وهي رخصة باقية في الحدود يجب أن يصيب المضروب كل واحد من المائة إما بأطرافها قائمة أو بأعراضها مبسوطة على هيئة الضرب بشرط أن توجد صورة الضرب ويعمل بالحيل الشرعية بالاتفاق ^(٢).

اعترض عليه: أن موجب اليمين لغة الضرب مجموعا أو مفرقا فعلى هذا تكون هذه الفتيا موجب هذا اللفظ عند الإطلاق ولا تكون حيلة وإنما الحيلة أن يصرف اللفظ عن موجهه عند الإطلاق أجيب عنه: أنه منقوض بكلام ابن تيمية ^(٣) -رحمه الله- نفسه "إن المطلق من كلام الآدميين محمول على ما فسر به المطلق من كلام الشارع خصوصا في الأيمان فإن الرجوع فيها إلى عرف الخطاب شرعا أو عادة أولى من الرجوع فيها إلى موجب اللفظ في أصل اللغة، ثم إن الله قال: ﴿ الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ ﴾ [النور: ٢] ، فهم المسلمون من ذلك أن الزاني إذا كان صحيحا لم يجز ضربه إلا مفرقا وإن كان مريضا ميئوسا من برئه ضرب بسعف النخل ونحوه، فعلم أن قصة أيوب كان فيها معنى يوجب جواز الجمع وإن كان ذلك ليس موجب الإطلاق وهو المقصود ^(٤). فأكد في كلامه أن هذه الفتيا ليست موجب اللفظ عند الإطلاق وفي رده يقول أنها موجب اللفظ عند الإطلاق ولا تصير حيلة إلا إذا صرف عن موجهه عند الإطلاق ؟ ثم إن اللفظ قد صرف عن إطلاقه فثبت أن الفتيا حيلة شرعية يجوز الأخذ بها ^(٥).

واعترض عليه: أن موجب هذه اليمين لغة الضرب المفرق لا المجموع ولا يصح الاحتجاج علينا بما يخالف شرعنا، لأن شرع من قبلنا إنما يكون شرعا لنا إذا لم يجيء شرعنا بخلافه،

=والحلول ، والتشبيه ، ولكن الشيعة أرادوا أن يروجوه على أصحابهم فنسبوا أنفسهم إليه وهو بريء منهم ، ينظر:

الملل والنحل (١/١٩٣ ، ١٩٤) ، الفرق بين الفرق ، ص (٤٠) .

(١) الضغث : قبضة من حشيش أو مقدارها مختلطة الرطب باليابس ، ينظر: تاج العروس (٣/٢٣٠) .

(٢) ينظر: روح المعاني (٢٣/٢٠٩) .

(٣) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

(٤) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٥/٢٧٣) .

(٥) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠١) .

والمعروف أن شرعنا يحمل الأيمان إما على اللغة أو على العرف أو على القصد، وهذه الأمور الثلاثة توجب الضرب المفرق لا المجموع^(١).

يجاب عليه: إذا قلنا أن شرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد في شرعنا ما يخالفه واعتبرناه دليلا من أدلة الأحكام ثبتت مشروعية الحيل بالمعنى الذي ذكرنا في قصة أيوب -عليه السلام- وبما ورد في شرعنا ما يؤكد ذلك وهو حديث المحدث وإذا لم نعتبره دليلا كليا فإن مشروعية الحيل في شرعنا تثبت بالحديث السابق^(٢).

اعترض عليه: من تأمل الآية علم أن هذه الفتيا خاصة بأيوب -عليه السلام- فلو كانت عامة في حق كل أحد لم يخفف على نبي كريم موجب يمينه، ولم يكن اقتصاصها علينا كبير عبرة^(٣).
يجاب عنه: بما ورد في كتب التفسير من أن هذه الفتيا ليست خاصة بأيوب وحده وإنما هي عامة في حق كل من شق عليه تنفيذ ما عقد الأيمان^(٤).

٢- قال تعالى: ﴿كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينِ الْمَلِكِ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ نَرْفَعُ دَرَجَاتٍ مَن نَّشَاءُ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٦].

وجه الدلالة: الكيد لفظ مستعار للحيلة والخديعة مبدؤه السعي فيهما ونهايته إلقاء المخدوع من حيث لا يشعر في أمر مكروه، وهو محمول في حق الله على النهاية لا على البداية^(٥). فقد كان حكم الملك في زمن يوسف أن يضرب ويغرم قيمة المسروق مرتين، لكن لما علمه الله الاحتيال بدس السقاية في رحل أخيه من حيث لا يشعرون ثم النداء عليهم بالسرقة فلما تبرؤوا استفتاهم في عقوبة السارق عندهم فاحتجزه بمقتضى حكم يعقوب وهو استرقاقه فتم له مقصوده^(٦).

(١) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٧٣/٥).

(٢) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠١).

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى (٢٧٣/٥).

(٤) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠١).

(٥) ينظر: فتح القدير (٤٣/٣).

(٦) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٧٥).

قال الشوكاني^(١) - رحمه الله - : " وفي الآية دليل على جواز التوصل إلى الأغراض الصحيحة بما صورته صورة الحيلة والمكيدة إذا لم يخالف شرعا ثابتا " ^(٢).

يعترض عليه: إن ما ذكرتموه عن يوسف عليه السلام كان بمواطأة من أخيه وبرضا منه بذلك، وإذا أذن صاحب الحق بذلك فلا بأس، ثم كيف يضمه إليه ويبالغ في إكرامه وبعد ذلك ينسبه إلى أشنع تهمة كذبا وبهتاناً، وينادي عليه بذلك على مإل من الناس، فلا مفر من القول بأنه قد أطلع أخاه على ما دبره قبل أن يشرع في تنفيذه فأذن له فيه، فهذا التصرف الذي ظاهره الإيذاء إنما كان بإذن من وقع عليه الأذى ^(٣).

يجاب عليه: أن الآية صريحة في الدلالة على أن يوسف عليه السلام قد اتخذ دس الصواع في رحل أخيه حيلة لإبقائه معه، بقصد تحقيق مصلحة عظيمة وهي جمع إخوته وأبيه وسواء قلنا بأنه أعلم أخاه بما سيفعله أو لم يعلمه فإنه لا أثر لذلك في تغيير مدلول الآية ^(٤).

٣- ﴿وَقَالَ يَبْنَى لَا تَدْخُلُوا مِن بَابٍ وَاحِدٍ وَادْخُلُوا مِنْ أَبْوَابٍ مُّتَفَرِّقَةٍ وَمَا أُغْنِي عَنْكُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ إِنْ أَحْكَمُ إِلَّا بِاللَّهِ عَلَيْهِ تَوَكَّلْتُ وَعَلَيْهِ فَلْيَتَوَكَّلِ الْمُتَوَكِّلُونَ ﴿٦٧﴾﴾ وَلَمَّا دَخَلُوا مِنْ حَيْثُ أَمَرَهُمْ آبُوهُمْ مَا كَانَتْ يُغْنِي عَنْهُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ إِلَّا حَاجَةً فِي نَفْسِ يَعْقُوبَ قَضَاهَا ﴿٦٨﴾﴾ [يوسف: ٦٧، ٦٨] .

وجه الدلالة: فسرت هذه الحاجة في نفس يعقوب - عليه السلام - بأنه كان يعتقد أن يوسف - عليه السلام - حي لم يمت بناء على رؤياه، فلما قص عليه أولاده ما لا قوه من كرم وضيافة عند العزيز ترجح له أنه يوسف - عليه السلام - فأراد أن يتصل به ليتأكد ظنه فاحتال لذلك بطريق خفي عن أولاده فأرسلهم للعزيز متفرقين ومعهم بنيامين ليلقى يوسف أخاه ويختلي به ويخبره بأمره ^(٥)، وذهب جمهور المفسرين إلى أن يعقوب - عليه السلام - قصد بهذه

(١) هو : محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء. ولد بهجرة شوكان ونشأ بصنعاء. وولي قضاءها سنة ١٢٢٩ ومات حاكما بها. له ١١٤ مؤلفا، منها (نبيل الاوطار من أسرار منتقى الاخبار - ط) ثماني مجلدات، و (البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع - ط) مجلدان، و (الدرر البهية في المسائل - الفقهية - خ) و (فتح القدير - ط) في التفسير، خمسة مجلدات، و (إرشاد الفحول - ط) في أصول الفقه، ينظر: الأعلام للزركلي (٦ / ٢٩٨) .

(٢) فتح القدير (٤٣/٣) .

(٣) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٣/٢١٠) ، الحيل الشرعية الإسلامية ص (٢٧٨ ، ٢٧٩) .

(٤) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠٢) .

(٥) ينظر: الدرر المشور في التفسير بالمأثور (٤/٢٦) ، الحيل في الشريعة للبحيري ص (٣٤٩) .

الحيلة أن يدفع عن أولاده شر الحسد لما كانوا عليه من الكمال والجمال والقوة ولأنهم أحد عشر رجل من صلب رجل واحد، فالآية في كلا التفسيرين شملت حيلة حسنة قصها الله دون تكبير فدللت على جواز ما في معناها من الحيل التي لا تهدم الأصول^(١).

٤- قال تعالى: ﴿إِنَّهُمْ يَكِيدُونَ كَيْدًا ۖ وَأَكِيدُ كَيْدًا ۖ فَمَهْلِ الْكَافِرِينَ أَمَهُلُهُمْ رُويْدًا ۖ﴾ الطارق: ١٥، ١٦، وقال تعالى: ﴿إِنَّ الْمُنَافِقِينَ يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ ۖ﴾ [النساء: ١٤٢].

وجه الدلالة: أن الآيات تفيد معنى الحيل الشرعية من حيث أن نسبة الخداع والمكر والكيد لله لا يجوز إلا على وجه قصد التوصل إلى تحويل حكم لآخر بواسطة مشروعة في الأصل لا على الوجه المذموم تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا^(٢).

٥- عن أبي هريرة وأبي سعيد رضي الله عنهما: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خبير فجاءهم بتمر جنيب، فقال: أكل تمر خبير هكذا؟ قال: إنا لناخذ الصاع من هذا بالصاعين، والصاعين بالثلاث، فقال: لا تفعل بع الجمع بالدرهم ثم ابتع بالدرهم جنيبا"^(٣)
وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد أرشد الرجل للحيلة للتخلص من الربا بتوسط العقد الآخر وهذا أصل في جواز العينة لأنه لم يفرق في ذلك بين صورة الابتياح من المشتري وغيره فشمّلها بعمومه، فلو كان الابتياح من المشتري حراما لنهى عنه^(٤).

(١) ينظر: الحيل في الشريعة الإسلامية للبحيري ص (٣٤٩).

(٢) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٧٨).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع. باب: إذا أراد بيع تمر بتمر خير منه. ح (٢٢٠١)
و(٢٢٠٢)، (١٠٢/٣)، ومسلم في صحيحه، كتاب: البيوع. باب: بيع الطعام مثلاً بمثل. ح (٤١٦٦)، (٤٧/٥).
(٤) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٧٩).

يعترض عليه من وجوه، منها:

١- أن التحيل على استباحة الربا لو كان مشروعاً لم يكن في تحريم الربا حكمة إلا تضييع الزمان وإتعب النفوس بلا فائدة، فإنه لا يشاء أحد أن يستحل ما حرمه الله من أنواع الربا إلا فعله بأدنى الحيل وأقربها.

٢- أنه صلى الله عليه وسلم أمره ببيع مطلق وشراء مطلق، وذلك إنما يفيد التصرف الشرعي الذي تترتب عليه آثاره الشرعية، والمقصود الذي شرع الله تعالى له البيع وأجله هو أن يحصل ملك الثمن للبائع ويحصل ملك المبيع للمشتري، فيكون كل منهما قد حصل له مقصوده بالبيع، وذلك إنما يكون إذا قصد المشتري نفس السلعة للانتفاع بها وقصد البائع الثمن، ولا يتبادر إلى الذهن أو يسبق إلى الفهم غير ذلك، والبيع بهذه الأوصاف الشرعية والعرفية لا يصدق على صورة الحيلة^(١).

٦- إن قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك فالعقود التي قصدها المكلف باستعماله لتلك الوسائط المشروعة يجب الحكم بصحتها لأن السبب هو الإيجاب والقبول وهما تامان وأهلية العاقد لا نزاع فيها وحلية العقد قبله فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ولا تأثير له في بطلان الأسباب الظاهرة لأن المحتال إنما قصد الربح الذي وضعت له التجارة فإن حصل له الربح حصل له مقصوده وقد سلك الطريق المفضية إليه في ظاهر الشرع؛ ولأن القصد لا يقدر في اقتضاء السبب لحكمه لأنه خارج عما يتم به العقد ولهذا لو اشترى عصيراً ومن نيته أن يتخذه خمراً أو سلاحاً ومن نيته أن يقتل به معصوماً فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع من جهة أنه منقطع عن السبب فلا يخرج عن اقتضاء حكمه، فغاية الأمر أن العاقد قصد محرماً لكن ذلك لا يمنع ثبوت الملك كما لو تزوج شخص امرأة ليضار بها امرأة أخرى. ويؤكد كونه النية تعمل في اللفظ المحتمل للمنوي عنه مثل الكنايات والصيغ التي تتضمن أكثر من معنى فإذا نوى أحدها صح وإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لمسببه لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه^(٢). فالوسائط المشروعة التي يراد التوصل بها إلى تغيير حكم شرعي لم يطرأ عليها سوى قصد استعمالها لغير ما شرعت من أجله في عموم الأحوال، وما دامت هذه الوسائط مما لا يتحكم القصد في صحتها وبطلانها فالذي يطرأ عليه لا أثر له في بطلانها إذا كانت كاملة الأركان والشروط، وهذا على فرض أن

(١) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٨٢).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (٣/١٩٧، ١٩٨).

قصد التحايل كان ظاهرا أو جليا في عمله أو قوله أما إذا لم يظهر فإن مسمى الحيلة نفسه غير متوفر حينئذ ^(١).

٧- من المعقول:

من المعلوم أن الشارع جعل العقود وسائل وطرقا إلى سقوط الحدود والمآثم ولهذا لو وطئ الإنسان امرأة أجنبية من غير عقد ولا شبهة لزمه الحد فإذا عقد عليها عقد النكاح ثم وطئها لم يلزمه الحد وكان العقد حيلة على إسقاط الحد بل قد جعل الله الأكل والشرب واللباس حيلة على دفع أذى الجوع والعطش والبرد وعقد التبائع حيلة على حصول الانتفاع بملك الغير وسائر العقود حيلة على التوصل إلى ما لا يباح إلا بها ^(٢).

وقالوا: الاحتيال أمر باطن في القلب ونحن أمرنا أن نقبل من الناس علانيتهم ولم نؤمر أن ننقب عن قلوبهم، فمضى رأينا عقد بيع أو نكاح أو خلع أو هبة حكمنا بصحته بناء على الظواهر والله يتولى السرائر ^(٣).

يعترض عليه:

١- أن معاملة العبد ربه مبناها على المقاصد والنيات والسرائر وإنما الأعمال بالنيات، فمن أظهر قولاً سديداً ولم يكن قد قصد به حقيقته كان آثماً عاصياً لربه وإن قبل الناس منه الظاهر.

٢- إنا إنما نقبل من الرجل مظهره وعلانيته إذا لم يظهر لنا أن باطنه مخالف لظاهره، فأما إذا أظهر ذلك رتبنا الحكم على ذلك فكنا حاكمين أيضاً بالظاهر الدال على الباطن ^(٤).

يمكن أن يجاب عنه: الأول خارج عن محل النزاع ويمكن اعتباره صحيحاً إذا تعلق الأمر بالتحايل في العبادات التي يشترط فيها توافر القصد والنية ونحن وإياكم متفقون على أن التحايل لا يجوز في هذا الباب. والحيل التي ذكرت كالزواج وسائر العقود الأخرى إنما هي عبارة عن أسباب شرعية تترتب عليها مسبباتها متى باشرها المكلف، ولا يمكن اعتبارها حيلة إلا من باب التجوز.

(١) ينظر: ضوابط المصلحة ص (٢٦٠).

(٢) ينظر: إعلام الموقعين (١٩٢/٣).

(٣) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٧٥/٣).

(٤) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٧٥/٣).

أما الثاني: يكون القصد والباطن لا دخل لهما في ترتب الحكم باستثناء ما ذكرناه من الرجوع إليهما إذا تعلق الأمر بالألفاظ المبهمة وألفاظ الكناية، وحتى لو جرينا على اعتبار القصد في ترتب الحكم فإننا نحكم بصحته إذا ترتبت عليه مصالح شرعية راجحة^(١).

القول الثاني: مذهب النافين للعمل بها

قال به جمهور المالكية، والإباضية، والزيدية، وظاهر مذهب الإمام أحمد - رحمه الله - ، وقول ابن تيمية وابن القيم^(٢) - رحمهما الله -^(٣).

أدلتهم:

١- قال تعالى: ﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَيَا لَيْتَ يَوْمَ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ ۚ تَتَخَدَّعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يَتَخَدَّعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾ [البقرة: ٨-٩] .

وجه الدلالة: ذم الله المنافقين وتوعدهم فهم أظهروا كلمة التوحيد إحرزا لدمائهم وأموالهم لا لما قصدت له في الشرع من الدخول تحت طاعة الله على اختيار وتصديق قلبي فقد احتالوا لصون أموالهم وحقن دمائهم بسلوك طريق شرعي مقصود ولكنهم قصدوا به غير ما قصده الشارع فجعلوا أوامر الشرع مطية لأغراضهم وهذا القدر موجود في المحتال^(٤).

٢- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيَبْلُغْنَ أَجْلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرَّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا ۚ وَمَن يَفْعَلْ ذَلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُ وَلَا تَتَّخِذُوا ءَايَتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ﴾ [البقرة: ٢٣١] .

(١) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠٦، ١٠٧) .

(٢) تم التعريف بهما سابقا ، ص (٤٤) .

(٣) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٧١) .

(٤) ينظر: مقاصد الشريعة لليوبي ص (٥٩٢) .

وجه الدلالة: فسرت الآية بأن الله حرم على الرجل أن يرتجع المرأة يقصد بذلك مضارتها بأن يطلقها ثم يعملها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف انقضاء العدة وهكذا لا يرتجعها لغرض له فيها سوى الإضرار بها^(١).

٣- قال تعالى: ﴿وَلَقَدْ عَلَّمْتُمُ الَّذِينَ أَعْتَدُوا مِنْكُمْ فِي آلَسَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾ [البقرة ٦٥-٦٦] ، وقال تعالى: ﴿وَسَأَلَهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةً أَلْبَحَرَ إِذْ يَعْدُونَ فِي آلَسَّبْتِ إِذْ تَأْتِيهِمْ حِيتَانُهُمْ يَوْمَ سَبْتِهِمْ شُرَعًا وَيَوْمَ لَا يَسْبِتُونَ لَا تَأْتِيهِمْ كَذَلِكَ نَبْلُوهُمْ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ﴾ [الأعراف: ١٦٣] .

وجه الدلالة: الآية توضح قصة بني إسرائيل حين احتالوا للصيد إذ حرم عليهم يوم السبت فوضعوا له الشباك وحفروا له الأنهار وصادوه يوم الأحد فمسخهم الله جزاء فعلهم قردة وخنازير لاحتياهم على أمر الله بصورة ظاهرها الموافقة وباطنها المخالفة^(٢).

قال ابن تيمية: " فهذه الآثار دليل على أن القوم إنما اصطادوا لها محتالين مستحلين بنوع من التأويل، فكان أجودهم تأويلا الذي احتال على وقوعها في الحياض والشصوص يوم السبت من غير مباشرة منه إذ ذاك، وبعده من باشر إلقاءها في الماء ثم أخرجها بعد السبت، وبعده من أخرجها من الماء ولم يأكل حتى خرج يوم السبت تأويلا منه أن المحرم هو الأكل^(٣) يعترض عليه: أنه خارج عن محل التراجع لأنه قد اتفق على تحريم حيل اليهود وما شاكلها بدليل الآية^(٤).

٤- قال تعالى: ﴿وَلَا تَتَّخِذُوا ءَايَتِ اللَّهِ هُزُوًا﴾ [البقرة: ٢٣١] .

وجه الدلالة: جعل الله المتكلم بالفاظ الطلاق والرجعة والخلع غير مرید لحقائقها وما شرعت له مستهزئا بآيات الله متلاعبا بحدوده، والهازل لم يقصد الحكم بالسبب ولا بنقيضه ولكنه تكلم باللفظ من غير أن يريد به حكما من الأحكام فالمحتال أولى منه أن يسجل عليه

(١) ينظر: تفسير ابن كثير (٢٤٤/١) .

(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١١٥/٣) .

(٣) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٢١/٣، ١١٨، ١١٩) ، الحيل في الشريعة الإسلامية ص (٤٠) ،

الحيلة الفقهية ص (٨٧) .

(٤) ينظر: الحيلة الفقهية ص (١٠٧) .

اللعب والاستهزاء فإنه أراد بالعقود ما يناقض مقاصدها وما لم تشرع له، قالوا المعنى الذي لأجله أجزنا نكاح المازل ورجعته ردا لقصده يستوجب هنا نقض غرض المحتال وإبطاله فلا نصح بيعه ولا خلعه ولا رجعته، ومن أجاز من الفقهاء تصرفه ظاهرا ألزمه التحريم، لأن الحكم بالنفاذ ظاهرا شيء والتحليل والتحريم شيء آخر ^(١).

يعترض عليه: إننا نسلم لكم إذا ترتب على سلوك الطرق الخفية واستعمال الوسائط الشرعية مفسد وأضرار تناقض المصالح الشرعية، أما إذا ترتب عليها منافع ومصالح، لا تنافي مقاصد الشارع الحكيم فإن ذلك لا يعد استهزاء بآيات الله سبحانه وتعالى ولا تلاعبا بأحكامه وإنما هو سعي لتحقيق مصالح معتبرة بطرق غير ظاهرة ^(٢).

٥- قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَىٰ وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ
الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّىٰ وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ ۖ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾ النساء: ١١٥

وجه الدلالة: ١- أن المحتال لا يقدم على حيلة عبثا، وإنما يقدم عليها لتوهمه أن المصلحة والحسن فيما قصده هو وأهمله الشارع، وأن المفسدة والقبح فيما أهمله هو وقصده الشارع، وأي مشاققة أعظم من أن يرى المحتال أن ما رآه الشارع حسنا فهو عند المحتال ليس بحسن.

٢- أن المحتال جعل الموضوعات الشرعية التي جعلت مقاصد وسائل لأمر آخر لم يقصد الشارع جعلها لها، ويتبين ذلك في العبادات المحضة كالصلاة والصوم والحج إذا قصد بها الرياء مثلا، فقد جعلها وسيلة لنيل دنيا أو جاه، أو وسيلة لإسقاط عقوبات تركها في الدنيا كإسقاط القتل عن تارك الصلاة، فالشارع اعتبر هذه العبادات مقاصد تطلب لذاها والمحتال جعلها وسيلة إلى غرض من أغراضه فصار ما هو مقصود عند الشارع وسيلة عند المحتال وهذه مشاققة ظاهرة ^(٣).

اعترض عليه: أننا نعتبره صحيحا إذا كان المراد بالتحايل الأقسام المحرمة والتي تدخل ضمن الحيل بالمعنى العام، أما أقسام الحيلة بالمعنى الخاص فسلوكها لا يعد مشاققة للرسول إذا توفرت ضوابطها والتي من بينها ألا يكون التحايل في العبادات لأن القصد فيها معتبرة ^(٤).

^(١) ينظر: الحيل في الشريعة الإسلامية للبحيري ص (٦٥).

^(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٠٧).

^(٣) ينظر: الحيل في الشريعة الإسلامية للبحيري ص (٧٨).

^(٤) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٠٧).

٤- قوله صلى الله عليه وسلم: (لا يجمع بين متفرق ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)^(١)

وجه الدلالة: الحديث يفيد تحريم الحيل التي تؤدي إلى إسقاط الواجبات.

فهذا نص صريح في تحريم الحيلة المفضية إلى إسقاط الزكاة أو تنقيصها بسبب الجمع والتفريق، فإذا باع بعض النصاب قبل تمام الحول تحيلاً على إسقاط الزكاة فقد فرق بين المجتمع، وإذا ساهم بنصابه مع آخر لأجل الشركة والتحيل على إسقاط الزكاة فقد جمع بين المتفرق، فلا تسقط عنه الزكاة في الحالتين^(٢).

٥- قال صلى الله عليه وسلم: (لا ترتكبوا كما ارتكبت اليهود تستحلون محارم الله بأدنى الحيل)^(٣)

وجه الدلالة: هذا نص لتحريم الحيل، يدل عليه مفهوم الموافقة، حيث إن حكم التحريم الذي ثبت لأدنى الحيل يثبت بطريق أولى للحيل عامة، فهو من باب التنبيه بالأدنى على الأعلى، وإنما ذكر أدنى الحيل لأن المطلق ثلاثاً مثلاً من أسهل الحيل عليه أن يعطي بعض التيوس المستعارة بعض الدراهم ويستعيّره ليتزو على امرأته نزوة وقد طيبها له بخلاف الطريق الشرعي الذي هو نكاح الرغبة، وكذلك من أراد أن يقرض ألفاً بخمسمائة، فمن أدنى الحيل أن يعطيه ألفاً إلا درهما باسم القرض ويبيعه خرقة تساوي درهما بخمسمائة، ولو أراد ذلك بالطريق الشرعي لتعذر عليه، وكذلك حيل اليهود بنصب الشباك، وإذا بتهنهم الشحم وبيعه وأكل ثمنه.

٦- قال صلى الله عليه وسلم: (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوهما وباعوها وأكلوا ثمنها)^(٤).

(١) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الزكاة. باب: لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع.

ح(١٤٥٠)،(١٤٤/٢). عن أبي بكر - رضي الله عنه -.

(٢) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٩١) .

(٣) أخرجه ابن بطه في إبطال الحيل: (٤٧/١). عن أبي هريرة - رضي الله عنه - . حسن ابن تيمية في مجموع

الفتاوى: (٢٩/٢٩). وقال ابن القيم: رواه ابن بطه بإسناد حسن، وإسناده مما يصححه الترمذي. انظر: حاشية ابن القيم على سنن أبي داود: (٢٤٤/٩).

(٤) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: البيوع. باب: لا يذاب شحم الميتة، ولا يباع ودكه.

ح(٢٢٢٣)،(١٠٧/٣). ومسلم في صحيحه، كتاب: المساقاة. باب: تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام.

ح(٤١٣٤)،(٤١/٥). عن عمر بن الخطاب - رضي الله عنه -.

وجه الدلالة: لما أكل اليهود ثمن ما حرم عليهم لم يعصمهم التوسل إلى ذلك بصورة البيع فلم ينفعهم إزالة اسم الشحوم عنها بإذابتها فإنها بعد الإذابة يفارقها الاسم وتنتقل إلى اسم الودك فما تحيلوا على استحلالها بإزالة اسم الربا وإحلال اسم البيع لأن الأمور بمقاصدها والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني^(١).

يعترض عليه: أن الحديث يدل دلالة قطعية على تحريم الحيل الجمع على تحريمها وهي سلوك الطرق غير المشروعة لتغيير حكم شرعي أو سلوك الطرق المشروعة بأن تترتب عليها مفسد عظيمة، فإن ذلك محرم بالاتفاق، والحديث لا دلالة فيه على الحيلة بالمعنى الخاص^(٢).

٧- قال صلى الله عليه وسلم: (إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى)^(٣)

وجه الدلالة: فالأعمال تابعة لمقاصدها ونياتها، وهذا يعم العبادات والمعاملات والأيمان والندور وسائر العقود والأفعال وهذا يدل على أن من نوى مثلاً بالبيع عقد الربا حصل به الربا ولا يعصمه من ذلك صور البيع، فالأعمال تابعة لمقاصدها وليس للعبد من ظاهر قوله وعمله إلا ما نواه وأبطنه لا ما أعلنه وأظهره، فهذا نص في أن من نوى بعقد البيع الربا وقع في الربا ولا يخلصه من الإثم صورة البيع، وكل شيء قصد به تحريم ما أحل الله أو تحليل ما حرم الله كان إثماً، ولا فرق في حصول الإثم في التحيل على الفعل المحرم بين الفعل الموضوع له والفعل الموضوع لغيره إذا جعل ذريعة له^(٤). فالحديث يفيد أن العمل معتبر بالنية وتابع لها فيصلح بصلاحها ويفسد بفسادها، وفيه إخبار عما تشره النيات لناوئها من القبول والرد والثواب والعقاب والصحة والفساد، فيدخل في ذلك ما لا ينحصر من المسائل^(٥).

٨- قال صلى الله عليه وسلم: (لعن الله المحلل والمحلل له)^(٦)

وجه الدلالة: أن نكاح التحليل حيلة على عود المرأة إلى مطلقها الأول بإيجاد شرطه ظاهراً لا حقيقة، وذلك أن الشرط في حلها شرعاً إنما هو نكاح الرغبة الذي تترتب عليه آثاره الشرعية، ولكن المحتال عمد إلى إيجاد عقد ظاهره النكاح وباطنه السفاح، إذ لا يريد بهذا العقد إلا

(١) ينظر: مقاصد البوي ص (٥٩٢-٥٩٤) .

(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١٠٨) .

(٣) سبق تخريجه ، ص (١٤١) .

(٤) ينظر: إعلام الموقعين (٣/١٢٣، ١٦٤، ١٦٥) .

(٥) ينظر: الحيل في الشريعة الإسلامية للبحيري ص (١١٠) .

(٦) سبق تخريجه ، ص (١٤٩) .

أن يقيم معها بقدر أن يتزو عليها، فلم يعتبر الشارع هذا العقد. ثم إن الحديث بين في دلالة على تحريم التحليل، فهو مورد لعن فعلت حرمة، لأن اللعن لا يكون إلا عن معصية، بل لا يكاد يلحن إلا على فعل كبيرة إذ الصغيرة تقع مكفرة بالحسنات إذا اجتنبت الكبائر، واللعنة هي الإقصاء والإبعاد عن رحمة الله ولن يستوجب ذلك إلا بكبيرة^(١).

يعترض عليه: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرد كل محلل ومحلل له، فإن الولي محلل لما كان حراما قبل العقد، والحاكم المزوج محلل بهذا الاعتبار، فإن قلنا العام إذا خصص صار مجملا بطل الاحتجاج بالحديث، وإن قلنا هو حجة فيما عدا محل التخصيص فذلك مشروط ببيان المراد منه، ولسنا ندري المحلل المراد من هذا النص أهو الذي نوى التحليل، أم الذي شرطه قبل العقد، أم الذي شرطه في صلب العقد، أم الذي أحل ما حرمه الله ورسوله؟، ووجدنا كل من تزوج مطلقة ثلاثا محللا وللموم يشترط التحليل ولم ينوه، فإن الحل حصل بوطئه وعقده، ومعلوم قطعا أنه لم يدخل في النص فعلم أن النص إنما أراد به من أحل الحرام بفعله أو عقده بأن تواطأ إما مع المحلل أو مع الزوجة على التحليل، وسواء كان ذلك بشرط في العقد أم لا^(٢).

٩- قال صلى الله عليه وسلم: (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقبله)^(٣).

وجه الدلالة: استدل به الإمام أحمد وقال: فيه إبطال للحيل، فلما كان الشارع قد أثبت الخيار إلى حين التفرق الذي يفعله المتعاقدان بإرادتهما حرم أن يقصد المفارق منع الآخر من الاستقالة وهي طلب الفسخ، لأنه قصد بالتفرق غير ما جعل التفرق له في العرف من إسقاط حق المسلم^(٤).

(١) ينظر: الحيل الفقهية ص (٩٢) .

(٢) ينظر: المرجع السابق ص (١٠٨) .

(٣) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: باب: البيعان بالخيار ما لم يتفرقا. ح(١٢٤٧)، (٣/٥٥٠). عن عبد الله بن عمرو بن العاص - رضي الله عنهما - . وقال الترمذي: هذا حديث حسن.

(٤) ينظر: المرجع السابق ص (٩٢) .

يعترض عليه: بالحديث الآنف ذكره : (البيعان بالخيار ما لم يتفرقا) ؛ ولأنه خشي أن يراده البيع قبل التفرق فسلك طريقا خفيا وهو الخروج من محل العقد بخفية، فكان ذلك منه رضي الله عنه حيلة لإنفاذ عقد البيع ^(١).

١٠- عن أبي حميد الساعدي رضي الله عنه قال: (استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلا من الأزد يقال له ابن اللتبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي إلي قال: فقام النبي صلى الله عليه وسلم على المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثم قال: أما بعد فإني أستعمل الرجل منكم على العمل بما ولاني الله فيأتي فيقول هذا لكم وهذا هدية أهديت لي، هلا جلس في بيت أبيه وأمه حتى تأتي هديته إن كان صادقا، والله لا يأخذ أحد منكم شيئا بغير حقه إلا لقي الله يحمله يوم القيامة فلا أعرفن أحدا منكم لقي الله يحمل بعيرا له رغاء أو بقرة لها خوار أو شاة تيعر، ثم رفع يديه حتى رئي بياض إبطيه يقول: اللهم هل بلغت) ^(٢).

وجه الدلالة: أن الهدية هي عطية يبتغي بها وجه المعطى وكرامته فلم ينظر النبي صلى الله عليه وسلم إلى ظاهر الإعطاء قولا وفعلا، ولكن نظر إلى قصد المعطين ونياتهم التي تعلم بدلالة الحال، فإن كان الرجل بحيث لو نزع من تلك الولاية أهدى له تلك الهدية لم تكن الولاية هي الداعية للناس إلى عطيته، وإلا فالمقصود بالعطية إنما هي ولايته إما ليكرمهم فيها أو ليخفف عنهم أو يقدمهم على غيرهم أو نحو ذلك مما يقصدون به الانتفاع بولايته أو نفعه لأجل ولايته، وهذا الحديث أصل في كل من أخذ شيئا أو أعطاه تبرعا لشخص أو معاوضة لشيء في الظاهر وهو في القصد والحقيقة لغيره، فإنه يقال: هلا ترك ذلك الشيء الذي هو المقصود ثم ينظر هل يكون ذلك الأمر إن كان صادقا فيقال في جميع العقود الربوية إذا كانت خداعا مثل ذلك ^(٣).

(١) ينظر: الخلى (٢٣٤/٧) .

(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الهبة، وفضلها، والتحريض عليها. باب: من لم يقبل الهدية لعلة. ح(٢٥٩٧)،(٢٠٩/٣). وفي كتاب: الخيل. باب: احتيال العامل ليهدي له. ح(٦٩٧٩)،(٣٦/٩). ومسلم في صحيحه، كتاب: الأمانة. باب: تحريم هدايا العمال. ح(٤٨٤٣)،(١١/٦).

(٣) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٤٣، ٢٤١/٣) .

١١- أدلة تحريم العينة:

قال صلى الله عليه وسلم: (إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة وتركوا الجهاد واتبعوا أذناب البقر أدخل الله عليهم ذلا لا يترعه عنهم حتى يتوبوا ويراجعوا دينهم)^(١)

وجه الدلالة: الحديث صريح في إبطال العينة والتشنيع على فاعليها بأن يدخل عليهم الله الذل دون أن يرفعه حتى يتوبوا ويرجعوا إلى دينهم.

يعترض عليه: بتضعيف جمهور الحديثين له^(٢)

١٢- عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته أنها دخلت على عائشة هي وأم ولد زيد بن أرقم وامرأة أخرى فقالت لها أم زيد: (إني بعث من زيد غلاما بثمانمائة نسيئة واشتريته بستمائة نقدا، فقالت: (أبلغني زيدا أن أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا أن يتوب، بئسما شريت وبئسما اشتريت)^(٣)

وجه الدلالة: محض القياس ومصالح العباد وحكمة التشريع تدل على تحريمها أكثر من دلالتها على تحريم الربا، إذ أنها ربا مستحل بأدنى الحيل لذلك أخبرت عائشة رضي الله عنها أن جهاد زيد بطل مع النبي صلى الله عليه وسلم.

قال ابن القيم^(٤) - رحمه الله -: " فكيف يليق بالشرعية الكاملة التي لعنت أكل الربا وموكله وبالغت في تحريمه أن تبيحه بأدنى الحيل مع استواء المفسدة، ولولا أن عند أم المؤمنين رضي الله عنها علما من رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تستريب فيه ولا تشك بتحريم مسألة العينة لما أقدمت على الحكم بإبطال جهاد رجل من الصحابة باجتهادها لا سيما إن كانت قصدت أن العمل يبطل الردة، واستحلال الربا ردة، ولكن عذر زيد عدم علمه بأن هذا محرم، وإلا فهي من الكبائر، ولو كان هذا اجتهدا منها لم تمنع زيدا منه فإن الاجتهاد لا يحرم

(١) أخرجه أحمد في مسنده، ح (٤٨٢٥)، (٢٨/٢). والطبراني في معجمه الكبير، ح (١٣٤٠٧)

و (١٣٤٠٩)، (١١/٦٣ و ٦٤). قال الألباني: صحيح. انظر: صحيح وضعيف الجامع الصغير وزيادته: (٦٨/١).

(٢) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٤٣، ٢٤١/٣).

(٣) أخرجه البيهقي في سننه الكبرى، كتاب: البيوع. باب: الرجل يبيع الشيء لأجل. ح (١١١٢)، (٣٣٠/٥).

زائن الجعد في مسنده. ح (٤٥١)، (٨٠/١). قال شمس الدين أحمد الحنبلي: هذا إسناد جيد، وإن كان الشافعي -

رحمه الله - قال لا نثبت مثله عنه عائشة - رضي الله عنه - . انظر: تنقيح التحقيق: (٦٩/٤).

(٤) تم التعريف به سابقا، ص (٤٤).

الاجتهاد ولا يحكم بطلان عمل المسلم المجتهد بمخالفته لاجتهاد نظيره، والصحابة لا سيما أم المؤمنين أعلم بالله ورسوله وأفقه في دينه من ذلك" وحكى الإجماع في ذلك. (١)

و أضاف الشوكاني (٢) - رحمه الله -: "ليس في حديث الباب ما يدل على أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن هذا البيع، ولكن تصريح عائشة بأن هذا الفعل موجب لبطلان الجهاد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على أنها قد علمت تحريم ذلك بنص عن الشارع إما على جهة العموم كالأحاديث القاضية بتحريم الربا الشامل لمثل هذه الصورة أو على جهة الخصوص كحديث العينة، ولا ينبغي أن يظن بها أنها قالت هذه المقالة من دون أن تعلم بدليل يدل على التحريم، لأن مخالفة الصحابي لصحابي آخر لا يكون من الموجبات للإحباط" (٣).

يعترض عليه : "فأما خبر امرأة أبي إسحاق ففاسد جدا لوجوه:

١- أن امرأة أبي إسحاق مجهولة الحال.

٢- أن امرأة أبي إسحاق لم تسمعه عن عائشة وإنما روته عن امرأة أبي سفر، وهي التي باعت من زيد وهي أم ولد زيد، وهي في الجهالة أشد وأقوى من امرأة أبي إسحاق، ويدل لذلك ما رواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري (٤) عن أبي إسحاق السبيعي عن امرأته قال: سمع امرأة أبي سفر تقول: سألت عائشة أم المؤمنين - رضي الله عنها - وذكرت القصة.

٣- أنه لا يمكن أن تقول عائشة - رضي الله عنها وأرضاها - : أبلغني زيد بن أرقم أنه قد أبطل جهاده مع رسول الله إن لم يتب، وزيد لم يفته مع رسول الله إلا غزوتان فقط أحد وبدر. . . فوالله ما يبطل هذا كل ذنب من الذنوب غير الردة عن الإسلام، وقد أعاده الله منها برضاه منه فقال: ﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ﴾ [الفتح: ١٨] .

٤- لو صح أن زيدا أتى أعظم الذنوب من الربا الصريح وهو لا يدري أنه حرام لكان مأجورا في ذلك أجرا واحدا غير آثم، فكيف يظن بأم المؤمنين إبطال جهاده في شيء عمله مجتهدا فيه (٥).

(١) ينظر: إعلام الموقعين (١٦٨/٣، ١٦٩) .

(٢) سبق التعريف به ، ص (١٥٨).

(٣) ينظر: نيل الأوطار (٢٠٦/٥) .

(٤) هو : سفيان بن سعيد بن مسروق الثوري ، أحد الأئمة المجتهدين ، كان ممن لزم الحديث و الفقه حتى صار عالما يرجع إليه في الأمصار ، توفي سنة ١٦١هـ ينظر :وفيات الأعيان (١٢٧/٢) ، طبقات الفقهاء .

(٥) ينظر :الحلى (٤٩/٩ ، ٥٠) .

أجيب عنه: ١- أما سند الحديث ففي إسناده شعبة، وإذا كان شعبة في إسناده حديث فاشدد يديك به، فمن جعل شعبة بينه وبين الله فقد استوثق لدينه، وأيضا فإن امرأة أبي إسحاق وهو أحد أئمة الإسلام الكبار وهو أعلم بعذاتها، فلم يكن ليروي عنها سنة يحرم بها على الأمة وهي عنده غير ثقة ولا يتكلم فيها بكلمة، وأيضا هي معروفة واسمها العالية وهي جدة إسرائيل بن يونس بن أبي إسحاق، ثم إنه لم يعرف أحد قط من التابعين أنكر عليها هذا الحديث ولا قدح فيها من أجله، ويستحيل أن تروي حديثا باطلا ويشتهر في الأمة ولا ينكره عليها منكر، وأيضا فإن الحديث قصة، والحديث عند الحفاظ إذا كان فيه قصة دلهم على أنه محفوظ.

٢- أما إبطال جهاد زيد-رضي الله عنه- "لكن عذر زيد أنه لم يعلم أن هذا محرم كما عذر ابن عباس بإباحته بيع الدرهم بالدرهمين، وإن لم يكن قصدها هذا، بل قصدت أن هذا من الكبائر التي يقاوم إثمها ثواب الجهاد ويصير بمثالة من عمل حسنة وسيئة بقدرها فكأنه لم يعمل شيئا. . . ثم إن مذهب الرجل لا يؤخذ من فعله، إذ لعله فعله ناسيا أو ذاهلا أو غير متأمل ولا ناظر أو متأولا (١).

واعترض على الحديث الشافعي -رحمه الله- بقوله: " لا يثبت حديث عائشة ، وأيضا فإن زيدا خالفها، وإذا اختلف الصحابة فمذهبنا القياس " (٢).

١٢- قال صلى الله عليه وسلم: (إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض فأقضي له على نحو مما أسمع، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار) (٣)

وجه الدلالة: الحديث بين في هدم الحيل بجميع أنواعها حتى وإن كانت الوسائل في ظاهرها مشروعة بحيث إذا رآها الفقيه حكم بجوازها لعدم علمه بما يقصده فاعلها، فإن الله ينظر إلى القلوب والمقاصد لا إلى مجرد الأعمال والظواهر، فإذا حكم الحاكم لأحد الخصمين بما ليس له عند الله بناء على ما ظهر له من بينة كاذبة أو حجة واهية، فإن هذا الحكم لا يجوز للمحكوم له أن يستحله ويستمتع به فإن فعل فالنار موعده، وأما الحاكم فلا إثم

(١) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٣٩/٣)، إعلام الموقعين (١٦٧\٣) بتصرف.

(٢) بداية المجتهد (١٤٥/٢).

(٣) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: الشهادات. باب من أقام البينة بعد اليمين. ح(٢٦٨٠)، (٢٣٥/٣). وفي كتاب: الأحكام. باب: موعظة الإمام للخصوم. ح(٧١٦٩)، (٨٦/٩). ومسلم في صحيحه، كتاب: الأفضية. باب: الحكم بالظاهر، واللعن بالحجة. ح(٤٥٧٠)، (١٢٨/٥). عن أم سلمة - رضي الله عنه -.

عليه، لأنه حكم بما ظهر له من حجج وقرائن، وهو غير مكلف بالاطلاع على بواطن الأمور والتنقيب على مقاصد الناس ونياتهم فعلمها عند الله^(١).

يعترض عليه: أنه دليل لنا لا علينا، فنحن وإياكم متفقون على أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً فيه تصح العقود وبه أيضاً تفسخ، وأما نفاذه باطنا أي ديانة فهو محل التراع، وقد حكمتكم بأنه لا ينفذ ويحرم على المتقاضي أن يأخذ به، لأنه تحايل على القاضي بتقديمه بينات كاذبة وحجج واهية كإحضار شهود زور، أو تزوير عقود ووثائق ضرورية في حكم القاضي، فنقول نوافقكم في هذا الحكم لأن هذا التحايل هو عين الحيل المحرمة لكن نخالفكم في حمل الحديث ما لم يحتمل بأن يدل على تحريم الحيل بالمعنى الخاص. . . فلا دلالة في الحديث على ما تقولون^(٢).

١٣-الإجماع:

الصحابة أجمعوا على تحريم الحيل وإبطالها وإجماعهم حجة قاطعة يجب اتباعها، بل هي أوكد الحجج وهي مقدمة على غيرها. ومستند الإجماع ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من أحاديث سبق ذكرها كتحریم زواج التحليل وبيع العينة والإهداء للمقرض^(٣). وتقرير الإجماع من وجوه:

١- أن المقتضى لهذه الحيل كان موجوداً على عهدهم فلم يعملوا بها ولم يدلوا عليها أحداً، فعلم من ذلك أنها لم تكن عندهم من الدين في شيء.

٢- أن الكتب المصنفة في أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم وفتاوى الصحابة والتابعين وقضاياهم ليس فيها عمل منهم بالحيل باستثناء ما نقل عن بعضهم من المعارض القولية والفعلية، وليس هذا من الحيل المحرمة ولا من جنسها.

٣- أن الصحابة رضي الله عنهم أفتوا بتحريم الحيل وإنكارها في قضايا متعددة وفي أوقات متفرقة كإنكارهم مسألة العينة ونكاح التحليل والإهداء للمقرض.

(١) ينظر: الحيلة الفقهية ص (٩٥).

(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١١٢).

(٣) ينظر: الفتاوى الكبرى (٣/٢٤٩، ٢٥٠)، إعلام الموقعين (٣/١٦٩).

ثم إن من أجاز من العلماء بعض هذه الحيل المحرمة فعذرته أنه قد خفي عليه إجماع الصحابة على تحريمها وإبطالها. ^(١).

يعترض عليه: أننا نتفق على أن إجماع الصحابة حجة قطعية، وموضوع ومحل الإجماع إنما هو الحيل المحرمة الهادمة لمقاصد الشارع، لا الحيل بالمعنى الخاص التي تثبت مشروعيتها بالأدلة السابقة ^(٢).

١٤- القياس: من وجهين:

أ- "إن الله سبحانه وتعالى أوجب في المعاملات خاصة وفي الدين عامة النصيحة والبيان وحرم الخلاصة والغش والكتمان لما جاء في حديث ابن مسعود: "لا تحل الخلاصة لمسلم"، والخلاصة: الخديعة وهي جامعة لكل أنواع الخداع في البيع كتلقي الركبان والنحش والتصرية، فإذا كان الله حرمها فمعلوم أنه لا فرق بين الخلاصة في البيع وغيره، لأن الحديث عم ذلك لفظاً ومعنى فلا كلام، وإن كان إنما قصد به الخلاصة في البيع فالخلاصة في سائر العقود والأقوال والأفعال في معنى الأصل، بل الخلاصة في غير البيع قد تكون أعظم فيكون من باب التشبيه وقياس الأولى، وإذا كان كذلك فالحيل خلاصة إما مع الخالق أو مع الخلق وهي حرام"

ب- "إن مخادعة الله حرام، والحيل مخادعة لله فنبت أن الحيل حرام ودليل (أن مخادعة الله حرام):

أن الله ذم المنافقين لكونهم يخادعون الله، ولولا أنها حرام لم يكن المنافق مذموماً بهذا الوصف، وأيضاً خداع الله العبد عقوبة له، والعقوبة لا تكون إلا على فعل محرم أو ترك واجب.

وأما دليل (الحيل مخادعة الله):

١- أن ابن عباس وغيره من الصحابة أفتوا أن التحليل ونحوه من الحيل مخادعة لله، والرجوع إليهم في معاني الألفاظ متعين سواء كانت لغوية أو شرعية،

٢- أن المخادعة إظهار شيء من الخير وإبطان خلافه وهذا حقيقة الحيل.

٣- المنافق لما أظهر الإسلام ومراده غير الإسلام سمي مخادعاً لله سواء أظهر قولاً أو فعلاً غير معتقد لما يفهم منه، والمحتال لا يخرج عن قسمين إما إظهار فعل لغير مقصوده الذي شرع له أو إظهار قول لغير مقصوده الذي شرع له وإذا كان مشاركاً لهما في المعنى الذي به سميا مخادعين وجب أن يشركهما في اسم الخداع، وعلم أن الخداع اسم لعموم الحيل ^(٣).

^(١) ينظر: الحيل في الشريعة الإسلامية ص (٢٢٥، ٢٢٦).

^(٢) ينظر: الحيل الفقهية ص (١١٢).

^(٣) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١١٢/٣، ١١٣) بتصرف.

يعترض عليه: قولكم (مخادعة الله حرام) كلام صحيح لأن الله ذم المنافقين لإظهارهم الإسلام وإبطائهم الكفر، ولكنه لم يجعل لنبيه صلى الله عليه وسلم قتلهم، ولم يمنعهم مناكة المسلمين ولا موارثتهم، وهذا ينطبق على بعض الحيل التي تنفذ قضاء لا ديانة لما يترتب عليها من مفسد راجحة، فيطلق على هذا النوع من الحيل خداع دون تعميمه على سائر الأنواع كما ذهب لذلك المانعون في المقدمة الثانية -الحيل مخادعة- وهي باطلة يطلها كون بعض الحيل تحقق مقاصد الشريعة وتعين على تحصيل ما جاءت به من جلب للمصالح ودفع للمفاسد، وعليه فلا يصح أن يطلق على ما يتوصل به إلى جلب مصلحة أو تحقيق مقصد شرعي خداعا، فثبت أن هذه الحيل ليست حراما، والفرق بين النوعين بما يترتب على كل نوع من مصلحة أو مفسدة^(١).

١٥- من المعقول:

أن الله إنما أوجب الواجبات وحرم المحرمات لما تضمن ذلك من المصالح لخلقها ودفع المفاسد عنهم، فإذا احتال المرء على حل المحرم أو سقوط الواجب بأن يعمل عملا لو عمل على وجهه المقصود به لزال ذلك التحريم أو سقط الواجب ضمنا وتبعاً لا أصلاً وقصدا فهو قد في دين الله من وجهين:

١- أن الأمر المحتال عليه أبطل ما فيه من حكمة الشارع.

٢- أن الأمر المحتال به لم يكن له حقيقة ولا كان مقصودا بحيث يكون ذلك محصلا لحكمة الشارع فيه فصار مفسدا بسعيه في حصول المحتال عليه إذا كان حقيقة المحرم ومعناه موجودين فيه^(٢).

يعترض عليه: يمكن التسليم به بأنه يدل على تحريم الحيل لما يترتب عليها من مفسد وأضرار إذا تعلق الأمر بالحيل المحرمة، أما بالنسبة للحيل بالمعنى الخاص فلا يمكن التسليم به بدليل التقسيمات التي اعتبرها الفقهاء مشروعة، فقد ذكر ابن عاشور عن: "التحيل على أمر مشروع على وجه ينقل إلى أمر مشروع آخر كعرض المرأة المبتوتة للخطبة مضمرة أنها بعد البناء تخالغ زوجها لأجل العود إلى مطلقها^(٣)، و ابن القيم -رحمه الله-^(٤) عن: "أن يحتال على التوصل إلى الحق أو على دفع الظلم بطريق مباحة لم توضع موصلة إلى ذلك بل وضعت لغيره فيتخذها هو طريقا إلى مقصوده الصحيح"^(٥)، وعلى ذلك فلا يصح.

(١) ينظر: الحيل الفقهية ص (١١٢) .

(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٥١/٣) ، فلسفة التشريع الإسلامي ص (٢٢٦) .

(٣) ينظر: مقاصد الشريعة ص (١١٢) .

(٤) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

(٥) ينظر: إعلام الموقعين (٣/٣٣٧) .

د - علاقة القاعدة بالعقود المالية المستجدة:

في كثير من العقود المستجدة نجد أن الناظر إليها من أحد الزوايا يجعله يميل بالقول بأنها ذريعة ، أو حيلة للتوصل إلى الكسب المادي غير المشروع ممكن ، لكن ما يجعل في الإمكان تحديد الحيلة من غيرها ، هي معرفة ضوابط الحيلة ، وصورها في عهد النبي صلى الله عليه وسلم ، خاصة وأنه قد أجاز النبي صلى الله عليه وسلم عدة صور لعقود يتوهم فيها الحيلة لكنه صلى الله عليه وسلم أعملها للمصلحة المقترنة بها.

الفصل الثالث

التكييف الفقهي للنوازل

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : التكييف الفقهي للنوازل

المبحث الثاني : طرق التعرف على أحكام النوازل

المبحث الأول التكييف الفقهي للنوازل

المطلب الأول : المقصود بالتكييف الفقهي

المطلب الثاني : المقصود بالنوازل

المطلب الثالث : وسائل التوصل للتكييف الفقهي الصحيح

المطلب الأول

المقصود بالتكييف الفقهي

أولاً: التعريف اللغوي للتكييف:

التكييف مأخوذ من الكيف، ويرجع عند العرب لمعنيين:

١- **القطع**، فيقال: كوف الأديم وكيفه إذا قطعه، وانكاف: انقطع، والكيفة القطعة منه^(١).

٢- **النقص**، فيقال: تكيفت الشيء: أي تنقصته وأخذت من أطرافه^(٢)

والتكييف والكيفية مصدر كيف، وهو يدل على صفة الشيء وحاله، وكيفية العقد: الصفة التي يتم عليها^(٣).

وهو قياس لا سماع فيه من العرب، قيل: "عني بالقياس هنا التوليد" أي أنه كلام مولد، أو "أنها مولدة ولكن أجروها على قياس كلام العرب"^(٤).

(١) لسان العرب (٢٠٢/١٢)، ينظر: تهذيب اللغة (٤١٥/٣)، تاج العروس (٤٧٣/١٢)، القاموس المحيط

(٢) (٤٢٨/٢)، العباب الزاخر (٤٢٨/٢)، مادة (ك ي ف).

(٣) معجم لغة الفقهاء (١٤٣/١)، ينظر: القاموس المحيط (٤٢٨/٢)، تاج العروس (٤٧٥/١٢).

(٤) معجم لغة الفقهاء (٣٨٦/١)، ينظر: تهذيب اللغة (٤١٥/٣)، تاج العروس (٤٧٥/١٢)، العباب

الزاخر (١١/٢)، القاموس المحيط (٤٢٨/٢)، لسان العرب (٢٠٢/١٢).

(٤) تاج العروس (٤٧٥/١٢)، ينظر: لسان العرب (٢٠٢/١٢)، القاموس المحيط (٤٢٨/٢)، العباب

الزاخر (١١/٢).

ثانيا: التعريف الاصطلاحي:

عرف التكيف جمع من العلماء والباحثين في كتبهم وأبحاثهم بتعريفات متنوعة، وسأعرض ما وجدته منها فيما يلي:

١- "هو تطبيق النص الشرعي على الواقعة العملية" ^(١).

التعريف لا يدل على معنى التكيف بل يدل على نتيجته والأثر المترتب عليه.

٢- "تحرير المسألة وبيان انتمائها إلى أصل معين معتبر" ^(٢).

ينقص التعريف: التصور الكامل الصحيح.

٣- "الحاق عقد بعقد معين شبيه به من العقود التي عرفها الشارع، وعندئذ يعطى العقد الملحق الحكم الذي رتبته الفقهاء على العقد الملحق به من صحة وفساد وذلك بالنظر إلى الشروط والأركان" ^(٣).

وهذا التعريف محصور على تكيف المعاملات المالية.

٤- "رد العمليات المعاصرة إلى أصولها الشرعية، وإدراجها تحت ما يناسبها من العقود التي تولى الفقه الإسلامي صياغتها وتنظيم أحكامها، ليكون ذلك منطلقا للإصلاح والتقويم" ^(٤).

أيضا قصر تعريفه على العقود.

٥- "تحديد حقيقة الواقعة المستجدة لإحاقها بأصل فقهي خصه الفقه الإسلامي بأوصاف فقهية، بقصد

إعطاء تلك الأوصاف للواقعة المستجدة عند التحقق من المجانسة والمشاكلة بين الأصل والواقعة

المستجدة في الحقيقة" من التعريف السابق يتضح أن عناصر التكيف الفقهي لديه تتكون من:

الواقعة المستجدة، والأصل، وأوصاف الأصل الفقهية، والحقيقة، والإحاق. ^(٥)

هذا التعريف جعل التكيف الفقهي قريبا من القياس، وكأنه يعم القياس والتخريج الفقهي، حيث إنه

قرر فيه إحقاق الحكم بأصل مشابه، سواء كان هذا الأصل نصا شرعيا أو نص إمام.

٦- "تصنيف المسألة تحت ما يناسبها من النظر الفقهي.

أو: رد المسألة إلى أصل من أصولها الشرعية" ^(٦).

(١) الفتوى بين الانضباط والتسيب، ص (٧٢).

(٢) معجم لغة الفقهاء، ص (١٤٣).

(٣) بحث شهادات الاستثمار، ص (١١).

(٤) مشكلة الاستثمار، ص (٤٢٤).

(٥) التكيف الفقهي للوقائع المستجدة وتطبيقاته الفقهية، ص (٣٠).

(٦) فقه النوازل للجزايني، ص (٤٧).

٧- "التصور الكامل للواقعة وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه" ^(١)

فالمعنى: أن يقوم الأصل الذي ترجع إليه المسألة ويتأكد من صحة هذا الانتماء من كل العوارض العقلية والعقلية، والأصل: إما أن يكون دليلاً قائماً أو قاعدة معتبرة أو مسألة منصوفاً على حكمها، الذي تنتمي إليه: أي ترجع إليه من أجل الوصول إلى حكمها في الشرع، وجملة: وتحرير الأصل الذي تنتمي إليه قيد مهم في التعريف، وذلك احترازاً من وقوع التصور في أصل لا يصح الإلحاق إليه فلا تكتمل حينئذ حقيقة التكيف الفقهي الصحيح للواقعة. ^(٢)

والملاحظ أنهم في التعريفات الثلاثة الأخيرة قد اختلفوا في ماهية التكيف الفقهي، فالأول قد جعل التكيف الفقهي يحوي حقيقة الواقعة وهو تصورهما، وأوصاف الأصل المتحققة في الواقعة، وإلحاق حكم الأصل للواقعة لمشابهة بينهما فجعل التكيف يحوي التصور وردّها لأصلها وإلحاق الحكم بها فأشبهه القياس، أما الثاني فقد جعل المنهج للتوصل لحكم النازلة يقوم على تصور للنازلة ثم التكيف وهو رد المسألة لأصلها ثم التطبيق وهو تنزيل الحكم الشرعي عليها فالتكيف عنده لا يحوي التصور ولا إنزال الحكم، وأما الثالث فقد جعل التصور جزءاً من التكيف.

وبناء على ما سبق فإنني أعرف التكيف الفقهي بما يلي:

هو تحرير انتماء النازلة إلى أصل بعد تصورهما تصوراً كاملاً.

وهذا التعريف يحدد التكيف الفقهي بتحرير انتماء النازلة إلى أصل، وهذا لا يكون إلا بعد تصورهما تصوراً كاملاً، والتصور سابق للتكيف الفقهي ملازم له.

^(١) منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة ص (٣٥٥).

^(٢) ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة ص (٣٥٥).

المطلب الثاني

المقصود بالنوازل

أولاً: التعريف اللغوي للنوازل:

من مادة (النون والزاي واللام) "تدل على هبوط شيء ووقوعه"^(١).
"والنازلة: الشديدة من شدائد الدهر تنزل بالناس"^(٢)، فهي المصيبة والخطب الجلل الذي يترل بالناس ويشتد عليهم ولم يكن لهم بها عهد سابق^(٣).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي:

عرفت بتعريفات عدة في كتب المعاصرين ارتكزت على كونها وقائع وأحداث استجذت على الناس لم يسبق فيها نص أو اجتهاد، وتتطلب حكماً شرعياً من أهل الفتوى في زمن وقوعها^(٤).
فالوقائع والحوادث: هي ما يطرأ على الناس في شتى المجالات سواء كانت دينية أو سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية لم تكن موجودة من قبل.
التي استجذت على الناس: أي الجديدة التي لم تكن موجودة، وهذا قيد يبين وقتية النازلة، فيخرج الوقائع القديمة.

ولم يسبق فيها نص أو اجتهاد: هذا قيد يخرج الوقائع المستجدة التي سبق فيها نص: وهو ماثبت بالقرآن أو السنة أو الإجماع، أو اجتهاد: أي سبق فيه صدور فتياً أو حكم شرعي من العلماء والمجتهدين.
وتتطلب حكماً: هذا قيد يحدد نوعية القضايا المنوطة بالنظر والاستدلال، وأنها التي تستدعي حكماً شرعياً يفصل فيها، وبهذا القيد ينتفي أمران:
الأول: النازلة بمعناها اللغوي وهي المصيبة والملمة.

الثاني: النازلة التي غطيت بحكم شرعي بطريق النص والاجتهاد.

شرعياً: قيد يكشف عن المراد بالحكم وأنه الشرعي مخرجاً بذلك الأحكام الوضعية من قوانين ودرساتير^(٥).

(١) معجم مقاييس اللغة (٤١٧/٥).

(٢) الصحاح (١٨٢٩/٥).

(٣) ينظر: المصباح المنير ص (٣٠٩)، مختار الصحاح للرازي ص (٣٠٨)، القاموس المحيط ص (١٣٧٢).

(٤) ينظر: منهج استنباط النوازل المعاصرة ص (١١).

(٥) ينظر: المنهج في استنباط أحكام النوازل ص (١١) بتصرف.

المطلب الثالث

وسائل توصل للتكييف الفقهي الصحيح

ولتحقيق التكييف الصحيح للنازلة المستجدة على الناظر فيها أن يحقق في تكييفه أموراً:

١- بذل الوسع في تصور الواقعة التصور الصحيح والكامل.

إن تصور الشيء تصوراً صحيحاً أمر لا بد منه لمن أراد أن يحكم عليه وكما يقال: الحكم على الشيء فرع عن تصوره، فتصور لنازلة مقدمة لا مناص عنها ولا مفر منها لمن أراد الاجتهاد في استخراج حكمها. والباب الذي يأتي من جهته الخلل والزلل إنما هو القصور والتقصير في فهم النازلة وتصورها وليس في تحصيل أصل التصور. "وهاهنا يجدر التنبيه إلى أمر كالقاعدة في هذا المقام: وهو أنه لا بد في تصور النازلة وفهمها فهما صحيحاً من الجمع بين أمرين:

١- تصور النازلة في ذاتها.

٢- تصور ما يحيط بهذه النازلة من ملابسات وقرائن وأحوال.

فالأمر الأول هو فهم الواقعة في ذاتها. والثاني: هو فهم الواقع المحيط بالنازلة.

وتصور النازلة وفهمها فهما صحيحاً قد يتطلب: استقراء نظرياً وعملياً. وقد يفتقر إلى إجراء استبانة أو جولة ميدانية أو مقابلات شخصية وربما احتاج الأمر إلى معايشة ومعاشرة وربما كان سؤال أهل الشأن والاختصاص كافياً كمراجعة أهل الطب في النوازل الطبية وأصحاب التجارة والأموال في المعاملات المالية وهكذا. ونخلص في نهاية المطاف إلى أن تصور أي نازلة من النوازل لا بد له من خطوات:

١- الاستقصاء والتحري عن الدراسات السابقة حول النازلة سواء كانت شرعية أو غير شرعية.

٢- النظر في جذور النازلة وتاريخ نشأتها (الناحية التاريخية).

٣- البحث في ظروف النازلة وبيئتها وأحوالها المحيطة بها (الناحية الجغرافية)

٤- الرجوع إلى أهل الشأن والاختصاص وسؤالهم عما يتعلق بهذه النازلة.

ومما يحسن التنبيه عليه في هذا المقام أهمية تحديث المعلومات فإن الأساليب تتجدد وتختلف من عصر لآخر^(١).

(١) فقه النوازل للحيزاني (٢٠/١ - ٢٢) .

مثال أورده الدكتور القرضاوي: "ومما يدخل في التصور الكامل والتام للنازلة المستجدة الرجوع والتثبت والاستزادة من أهل الاختصاص العلمي وهذا فيما لو كانت النازلة لها علاقة ببعض العلوم الطبيعية أو التجريبية وعندها لابد من معرفة مصطلحات هذه العلوم مما له علاقة بموضوع بحث النازلة. ويحسن من الناظر الرجوع أيضا إلى مبادئ تلك العلوم ومعرفة أساساتها التي تعينه على النظر الصحيح في النازلة لا سيما النوازل الطبية والاقتصادية وغيرها من العلوم الحديثة" (١).

٢- أن يكون التكييف الفقهي مبنيا على نظر صحيح معتبر لأصول التشريع ، من ناظر معتبر.

عندما تترل الواقعة الجديدة بالمجتهد ليحكم فيها ، فلا بد من أمرين:

الأول: أن يكون لدى الناظر المعرفة التامة بأحكام الشريعة وقواعدها وهذا إنما يتأتى لمن استجمع شروط الاجتهاد من الإحاطة بالنصوص ومعرفة مواقع الاجتماع والخلاف والعلم بدلالات الألفاظ وطرق استنباط الأحكام من مظانها.

قال ابن القيم^(٢) - رحمه الله:- "ولا يتمكن المفتي ولا الحاكم من الفتوى والحكم بالحق إلا بنوعين من الفهم:

١- فهم الواقع والفقه فيه واستنباط علم حقيقة ما وقع بالقرائن والأمارات والعلامات حتى يحيط به علما.

٢- فهم الواجب في الواقع وهو فهم حكم الله الذي حكم به في كتابه أو على لسان رسوله في هذا الواقع ثم يطبق أحدهما على الآخر. فمن بذل جهده واستفرغ وسعه في ذلك لم يعدم أجرين أو أجرا" (٣).

وحيث إن الفقيه محيط بكليات الشريعة وجزئياتها قد استحضر أبواب الفقه ومسائله فإنه متى عرضت له نازلة جديدة أمكنه بعد تصورها وفهمها أن يرد هذه النازلة إلى أصلها الشرعي ويلحقها بابها الفقهي.

الثاني: أن يكيف النازلة بأقرب الأصول الشبيهة لها لتأخذ بعد ذلك حكم ذلك الأصل، والإشكال إنما يقع عندما يكون التكييف على غير أصل معتبر ينسب الإلحاق إليه، كأن تصور الواقعة وتكيف على أساس الهوى والتشهي فيصبح الحرام حلالا والحلال حراما بناء على أهواء الناظر أو المجتهد فيما يريده

(١) الفتوى بين الانضباط والتسيب ص (٧٢، ٧٣) .

(٢) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

(٣) إعلام الموقعين (١٩٣/٤) .

أن يلحق بها من أصوله وكذلك أن يبنى التكييف على الأوهام أو التخيلات أو الأمور العارضة أو الظنون الفاسدة، وهذه كلها الأصل فيها العدم في الاعتبار الشرعي. فعلى هذا يجب على المجتهد وهو يكيف ما يتزل به من الوقائع أن يبينها على أصل معتبر في الشرع سواء كان أصلاً أو قاعدة مذهبية أو مسألة مقررة ملاحظاً فيها مقاصد الشريعة وأصولها الكلية بحيث يكرر النظر في صحة إلحاقه بهذا الأصل أو تلك المسألة من أجل أن تتوافق وتنسجم مع بقية الأحكام والقواعد الشرعية، والمعاملات المصرفية المعاصرة هي أحوج إلى مثل هذا النظر الصحيح لأصول الشريعة حتى لا تلحق بعض هذه المعاملات بأصول أو قواعد ضعيفة تحلل ما اتضحت حرمة أو تمنع ما لأصل فيه الإباحة.

فالغرر اليسير مغتفر في الكثير من المعاملات المالية ولكن ضبط اليسير لا ينبغي أن يتجاوز فيه الحد المشروع المعروف بين أهل العلم والصناعة كذلك دخول الربا في الصناديق الاستثمارية لبعض المصارف إذا كان بنسب يسيرة لا تتجاوز ٢٠% جاز للمسلم عند بعض أهل العلم المساهمة في هذه الصناديق بشروط ذكروها في بعض فتاويهم كان منطلقهم القاعدة الشرعية "أن اليسير التابع مغتفر" لا سيما مع عموم البلوى لا لكون الربا مباحاً إذا كان بقدر يسير؛ لأن الربا كثيره وقليله حرام وهذا التطبيق لهذه القاعدة لا ينبغي أن يتجاوز فيه حد انتهاك الممنوع.

٤- أن يتفق تكييف حكم النازلة مع المقصد الشرعي لذلك الحكم:

والمقصود بهذا الضابط ألا يكتفي الفقيه أو المفتي بإلحاق هذه النازلة بأقرب صورة لها في أبواب الفقه المعروفة أو العقود المعتبرة دون النظر إلى تحقق المقصد الشرعي من هذه العقود الجديدة. والخلل يحدث عندما يقرر الفقيه حكماً لنازلة بالجواز يترتب عليه مفساد وأضرار على الفرد أو المجتمع، أو ينهى عن حكم لنازلة معينة وفيها من المنافع والمصالح الأكيدة شيء كثير، ومن الأمثلة على ذلك تجويز بعض الفقهاء لبعض البنوك التي تمنح بعض عملائها بطاقات ائتمانية أن يحصلوا المبالغ المستحقة من السحب غير المغطى من خلال عقد التورق، وذلك إذا لم يسدد العميل حامل البطاقة تلك المديونية في ميعاد الاستحقاق فإن البنك يتصرف عنه تصرفاً فضولياً بأن يبيع على العميل سلعة يملكها البنك بالأجل على أقساط ثم يبيعها البنك بثمن عاجل تسدد منه المديونية الحالية وتنشأ مديونية جديدة تمثل الدين السابق زائداً الأرباح ومعدلات عالية. فهذه العملية الهدف منها إيجاد بديل شرعي من الوقوع في الزيادة الربوية المحرمة التي تشترطها البنوك في مثل هذه البطاقات الائتمانية وبالنظر فيها نجد أن هذا العقد يحتوي على مخالفات شرعية منها الجمع بين القرض والبيع في هذا العقد بين حامل البطاقة ومصدرها، علماً بأن العلاقة بينهما هي علاقة مقرض يتمثل في مصدر البطاقة ومقترض هو حاملها فإذا تأخر العميل عن السداد وحل الدين فإن البنك يجري عملية التورق من خلال التصرف الفضولي أو بالوكالة المتفق عليها

في العقد عند بعض البنوك وبالتالي يجتمع في هذا العقد البيع والسلف وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا يحل سلف وبيع)^(١) فالهروب من الوقوع في الربا كان ظاهرياً فقط بينما آثار العقد ونتائجه لا تختلف عن آثاره في الربا الصريح بل ربما ترتبت فيه أرباح أكثر مما هو في البطاقات الائتمانية الأخرى.

والشرع لما حرم الربا علل ذلك بالكثير من الأضرار الاجتماعية والاقتصادية ولما فيها من استغلال أهل الحاجة والعوز بتراكم الفوائد والربا عليهم والبعد عن الأساس الأخلاقي والتكافلي الذي يجب أن تقوم عليه العلاقة بين أطراف العقد فلا يمكن حينئذ أن نحوز عقداً أو تصرفاً شكله وصورته مشروعة ظاهرياً بينما مقاصد هذا العقد لم يبين على ما أراده الشرع من تحقيق المصالح ودرء المفاسد. يقول الإمام الشاطبي - رحمه الله -^(٢): " مقصد الشارع من المكلف أن يكون مقصده في العمل موافقاً لقصده في التشريع والدليل على ذلك ظاهر من وضع الشريعة والمطلوب من المكلف أن يجري على ذلك في أفعاله ولا يخالف ما قصد الشارع "^(٣).

فالمجتهد الناظر في تلك النوازل المستجدة يجب عليه أن يحدد المقصد الشرعي في حكم كل مسألة على حدة ليتمكن من تبين صحة ودقة اندراجها تحت المقاصد العامة للتشريع التي اتجهت جملة التكاليف إلى تحقيقها اعتباراً للجزئي بالكلية^(٤)

وليتم تكييف نازلة ما من النوازل على الوجه الصحيح فالمراد سلوك أربعة مسالك على الترتيب الآتي:

- ١- النص والإجماع : ويحصل ب البحث عن حكم النازلة في نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة. وذلك إما بدلالة العموم أو المفهوم أو الإيماء أو الإشارة أو القياس.
- ٢-التخريج على نازلة متقدمة : الاجتهاد بإلحاق النازلة بما يشبهها من النوازل المتقدمة لتقاس عليها وتأخذ حكمها.
- ٣-التخريج على قاعدة فقهية أو أصل شرعي أو فتوى إمام متقدم بالنظر في اندراج حكم النازلة تحتها.
- ٤- الاستنباط و الاجتهاد في استخراج حكم مناسب لهذه النازلة بطريق الاستصلاح أو سد الذرائع أو غيرهما.

(١) سبق تخريجه ، ص (٢٥) .

(٢) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٣) الموافقات (٢٤/٣ ، ٢٣) .

(٤) ينظر: منهج استنباط النوازل الفقهية المعاصرة ص (٣٦٤-٣٧١) بتصرف، التكييف الفقهي للأعمال المصرفية المعاصرة لمسفر القحطاني ص (٣٤ - ٤١) .

المبحث الثاني

طرق التعرف على أحكام النوازل

المطلب الأول : بالرد إلى الأدلة الشرعية

المطلب الثاني : بالرد إلى القواعد الفقهية

المطلب الثالث : بطرق التخريج

المطلب الثاني : بالرد إلى مقاصد الشريعة

المطلب الأول

بالرد إلى الأدلة الشرعية^(١).

الأدلة الشرعية هي أحد أهم الطرق التي توصلنا إلى حكم الله فيما استجد علينا من نوازل، لكونها الأصول التي عليها يقوم فقه الفقيه واجتهاد المجتهد، وهذه الأدلة منها ماهو موضع اتفاق^(٢)، ومنها ما هو موضع اختلاف^(٣).

والأصل في هذه الأدلة على اختلافها اعتمادها في ثبوتها على الأدلة المتفق عليها ومرجع الأدلة المتفق عليها إنما هو الكتاب والسنة ثم إن السنة ترجع إلى الكتاب فعاد الأمر إلى كلام الله عز وجل الذي حوى العلم والخير كله^(٤).

(١) تعريف الأدلة الشرعية.

الدليل: ما يمكن أن يتوصل بصحيح النظر فيه إلى مطلوب خبري علما أو غلبة ظن، ينظر: كشف الأسرار للنسفي (٥٩٢/٢) ، الفقيه والمتفقه (٤٤/٢) ، مقدمة محقق إحكام الفصول ص (١٧١) ، شرح الكوكب المنير (٥٠/١)
(٢) الأدلة المتفق عليها عند غالب الفقهاء والأصوليين أربعة: أما الكتاب والسنة فهما موضع إجماع المسلمين على اختلاف نحلهم وتعدد مذاهبهم، وأما الإجماع والقياس عند كثير من الأصوليين فلم يعتبروا فيهما الخلاف ' فخلاف إبراهيم النظام وبعض الشيعة بإحالة إمكان الإجماع، والإمامية وبعض الخوارج بأن الحجة ليست فيه بل في مستنده، والظاهرية كابن حزم و داوود بن علي أن الإجماع إجماع الصحابة، وأيضا خلاف النظام وجماعة من المعتزلة البغداديين والرافضة في القياس وأنه ليس بطريق للأحكام الشرعية ولا يجوز ورود التعبد به من جهة العقل، و قول أصحاب الظاهر وداود وابنه: يجوز أن يرد التعبد به من جهة العقل إلا أن الشرع ورد بحظره والمنع منه غير معتبر عندهم. ينظر: إرشاد الفحول (١٦ / ١) ، ٢٣٤ ، ٢٣٩ ، ٢٤٩) ، أصول السرخسي ص (٣٧٩) ، إحكام الفصول ص (٥٣١) ، المنهاج ص (١٠٩) ، المستصفى (٢٤٥ / ١) ، البحر المحيط (٤٦٨ / ٤) ، شرح الكوكب المنير (٢٢٧ / ٢) ، الفقيه والمتفقه (٤٢٧ / ١) ، ٤٢٨ ، ٤٤٨) .

(٣) والخلاف في الأدلة التي لم يتفق عليها هو اختلاف قائم على استقلالها كدليل لا على استعمالها في استنباط الحكم فاعتبارها عند الاستنباط من الأدلة الأخرى صحيح ومقصود عند كافة الفقهاء فهي معتبرة بعمل الفقهاء بها رغم اختلافهم في حجيتها.

(٤) يقول الشاطبي -رحمه الله-: (فإذا نظرنا إلى رجوع الشريعة إلى كلياتها المعنوية وجدناها قد تضمنها القرآن على الكمال وهي: الضروريات والحاجيات والتحسينيات ومكمل كل واحد منها وهذا كله ظاهر أيضا فالخارج من الأدلة عن الكتاب هو السنة والإجماع والقياس وجميع ذلك إنما نشأ عن القرآن وقد وعد الناس بقوله: {لتحكم بين الناس بما أراك الله} متضمنا القياس وقوله: {وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا} متضمنا السنة وقوله: {ويتبع غير سبيل المؤمنين} متضمنا الإجماع وهذا أهم ما يكون). ينظر: الموافقات (١٨٢ / ٤) .

وفي ذلك يقول تعالى: ﴿ مَا فَرَطْنَا فِي أَلْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾ [الأنعام : ٣٨] ^(١).
وقال: ﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ أَلْكِتَابَ تَبَيِّنًا لِكُلِّ شَيْءٍ وَهَدَىٰ وَرَحْمَةً وَدُشْرَىٰ
لِلْمُسْلِمِينَ ﴾ [النحل : ٨٩] ^(٢)، ^(٣).

يقول الشوكاني^(٤) - رحمه الله - موضحاً هذا المعنى بعبارة بليغة: "وعندي أن من استكثر من تتبع الآيات القرآنية والأحاديث النبوية وجعل كل ذلك دأبه ووجه إليه همته واستعان بالله واستمد منه التوفيق وكان معظم همه ومرمى قصده الوقوف على الحق والعثور على الصواب من دون تعصب لمذهب من المذاهب وجد فيهما ما يطلبه فإنهما الكثير الطيب فاشدد يدك على هذا فإنك إن قبلته بصدر منشرح وقلب موفق وعقل قد حلت به الهداية وجدت فيهما كل ما تطلبه من أدلة الأحكام التي تريد الوقوف على دلائلها كائنا ما كان" ^(٥).

وأصول الأدلة الشرعية ضربان:

- ١- ما يرجع إلى النقل المحض، وهو الكتاب والسنة.
 - ٢- ما يرجع إلى الرأي المحض، وهو القياس والاستدلال.
- ويلحق بكل واحد منهما وجوه، فيلحق بالضرب الأول: الإجماع على أي وجه قيل به، ومذهب الصحابي؛ لأن ذلك كله وما في معناه راجع إلى التعبد بأمر منقول صرف، لا نظر فيه لأحد، ويلحق بالضرب الثاني: الاستحسان، والمصالح المرسلة إن قلنا إنها راجعة إلى أمر نظري ^(٦).

^(١) قوله: ﴿ مَا فَرَطْنَا فِي أَلْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ﴾ لا يجوز أن يكون بعده ما لا يوقف على حكمه والوقوف على الحكم بالاسم أو بالاستخراج لا ثالث لهما فإذا بطل أن يكون في الكتاب بيان كل شيء باسمه علم أنه أراد بيانه ببيان معناه. ينظر: الفقيه والمتفقه (٤٦٨/١) .

^(٢) قوله: ﴿ تَبَيِّنًا لِكُلِّ شَيْءٍ ﴾ أراد به الأوامر والنواهي والحظر والإباحة وما كان من طريق الشرع مما بالأمة إليه الحاجة لا أنه أراد ذلك على الإطلاق إذ كان بيان ذلك من جهة الاسم متعذراً فعلم أنه أراد ذلك من جهة التشبيه. ينظر: الفقيه والمتفقه (٤٦٨/١) .

^(٣) ينظر: إرشاد الفحول (٧٣٩/٢) ، منهج استنباط أحكام النوازل ص (٣٨١) ، أثر الأدلة المختلف فيها ، ص

(١٩) .

^(٤) سبق التعريف به ، ص (١٥٨) .

^(٥) إرشاد الفحول (٧٣٩/٢) .

^(٦) ينظر: بين علمي أصول الفقه والمقاصد ص (٢٨٤) .

وقد تطرقت في حديثي عن الأدلة ما يوصل إلى فهم المراد من كونها تعرفنا بحكم النازلة، وذلك كما يلي:

فأولاً: الأدلة المتفق عليها^(١):

الكتاب والسنة:

التعريف بهما:

١- فالكتاب^(٢) : هو كلام الله المنزل على محمد صلى الله عليه وسلم المعجز بنفسه المتعبد بتلاوته.
(٣)

والسنة: ماصدر عن النبي صلى الله عليه وسلم غير القرآن. ^(٤)، أي: تشمل قوله وفعله وتقريره وكتابته وإشارته وهمه وتركه^(٥).

مورد الاستدلال بهما:

مما مضى تبين أن الكتاب والسنة هما أصل الأدلة كلها وإليهما ترد، وهما في مرتبة واحدة من حيث الاحتجاج بهما على الأحكام الشرعية فالسنة كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام. قال تعالى: ﴿مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ﴾ [النساء: ٨٠] ، وقد ثبت عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: (ألا وإني أوتيت القرآن ومثله معه)^(٦)، أي: أوتيت القرآن وأوتيت مثله

(١) قال ابن القيم -رحمه الله- : (وهذه الأدلة الأربعة متفقة لا تختلف، إذ يوافق بعضها بعضا ويصدق بعضها بعضا، لأن الجميع حق والحق لا يتناقض) ينظر: إعلام الموقعين (٣٣/١) .

(٢) الكتاب في اللغة هو كل مكتوب ثم غلب في الشرع إطلاقه على القرآن وقد قال تعالى: {وإذ صرفنا إليك نفرا من الجن يستمعون القرآن فلما حضروه قالوا أنصتوا فلما قضي ولوا إلى قومهم منذرين* قالوا يا قومنا إنا سمعنا كتابا أنزل من بعد موسى. } [الأحقاف ٢٩-٣٠] ، ينظر: إرشاد الفحول (١١٩/١) ، شرح الكوكب المنير (٧/٢) ، مذكرة أصول الفقه ص (٧٨) .

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير (٧/٢ ، ٨) ، وينظر تعريفات أخرى: نهاية السؤل (١٧٧/١) ، إرشاد الفحول (١٢٩/١) ، أصول السرخسي ص (٢١٧) ، لباب المخصول (٢٧٢/١) .

(٤) ينظر: الفقيه والمتفقه (٢٥٧/١) ، شرح قواعد الأصول ومعاقد الفصول ص (١٣٢) ، شرح الكوكب المنير (١٦٠/٢ - ١٦٦) ، إرشاد الفحول (١٣٢/١) .

(٦) أخرجه أحمد في مسنده. ح(١٧٢١٣)،(١٣٠/٤)، والطبراني في مسند الشاميين. ح(١٠٦١)،(١٣٧/٢). عن المقدم ابن يعد الكندي. حديث صحيح.

من السنة التي لم ينطق بها القرآن ^(١) ، "ورتبة السنة التأخر عن الكتاب في الاعتبار" ^(٢) ، "والسنة راجعة في معناها إلى الكتاب فهي تفصيل بمجمله وبيان مشكله وبسط مختصره وذلك لأنها بيان له . . . فلا تجد في السنة أمراً إلا والقرآن قد دل على معناه دلالة إجمالية أو تفصيلية" ^(٣) .

فأي مجتهد طالب لاستدلال في نازلة يريد معرفة حكم الله فيها على أكمل الوجوه فأول ما يطلب منه الاستدلال هو كتاب الله تعالى ، " فالقرآن فيه بيان كل شيء . . . فالعالم به على التحقيق عالم بجملة الشريعة ولا يعوزه منها شيء" ^(٤) . ثم سنته صلى الله عليه وسلم ، فقد قال الشافعي: " وقد سن رسول الله صلى الله عليه وسلم مع كتاب الله وسن فيما ليس فيه بعينه نص كتاب وكل ما سن فقد أئزنا الله اتباعه وجعل في اتباعه طاعته وفي العنود عن اتباعها معصيته التي لم يعذر بها خلقا ولم يجعل لمن ترك اتباع سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم مخرجا وما سن رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما ليس لله فيه حكم فبحكم الله سنه وكذلك أخبرنا الله تعالى في قوله: ﴿ وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾ [الشورى: ٥٢] " ^(٥)

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة من الكتاب والسنة ^(٦):

إن وجه استنباط أحكام النوازل من نصوص الكتاب والسنة يكون باعتبار أنهما يحتويان على أصول الشريعة والتي يحتاج مجتهد النوازل أن تستقر لديه استقرارا صحيحا حتى يستطيع على أساسها توجيه حكم النازلة بناء على هذه الأصول ، ويمكن أن يستدل على هذه الأصول التي اعتمد عليها في الحكم بأدلة الكتاب والسنة لتوضح وجه تقريره للحكم الذي أراد بيانه ، لأن النصوص تنتهي لكن الأصول العامة التي تحتوي عليها تجعلها قادرة على أن تواكب النوازل فيتقرر لها من خلال دلالات النصوص أحكامها.

(١) ينظر: إرشاد الفحول (١٣٢/١) ، الفقيه والمتفقه (٢٦٤/١) .

(٢) أي: فإذا ورد ما ظاهره المعارضة أخذ بالكتاب وقدم عليها ، ينظر: الموافقات (٢٩٤/٤) .

(٣) الموافقات (٣١٦، ٣١٤/٤) .

(٤) الموافقات (١٨٤/٤) .

(٥) الرسالة ص (٨٨ ، ٨٩) ، ينظر: الفقيه والمتفقه (٢٦١ / ١) .

(٦) قال ابن القيم -رحمه الله-: "الاستنباط استخراج الأمر الذي شأنه أن يخفى على غير مستنبطه . . . سئل علي: هل خصكم رسول الله بشيء دون الناس قال: لا والذي فلق الحبة وبرأ النسمة إلا فهم يؤتبه الله عبدا في كتابه. ومعلوم أن هذا الفهم قدر زائد على معرفة موضوع اللفظ وعمومه أو خصوصه فإن هذا قدر مشترك بين سائر من يعرف لغة العرب وإنما هذا فهم لوازم المعنى ونظائره ومراد المتكلم بكلامه ومعرفة حدود كلامه بحيث لا يدخل فيها غير المراد ولا يخرج منها شيء من المراد". ينظر: إعلام الموقعين (٢٨٩/١)

فكل ما يحتاجه الناظر في النوازل يجده في كلام الله ثم في سنة رسوله صلى الله عليه وسلم فقد كملت فيهما قواعد الدين وكتلياته وقد قال الشاطبي - رحمه الله - ^(١) مبينا هذه الحقيقة: "وقد كملت قواعد الشريعة في القرآن وفي السنة فلم يتخلف عنها شيء، والاستقراء يبين ذلك ويسهل على من هو عالم بالكتاب والسنة ولما كان السلف الصالح كذلك قالوا به ونصوا عليه" ^(٢)

وهذه الأصول تعرف من خلال النظر في دلالات نصوص الكتاب والسنة على معانيها، فاجتهاد المجتهد فيهما يكون من خلال ثمانية أقسام هي كما يلي:

١- "ما كان الاجتهاد مستخرجا من معنى النص: كاستخراج علة الربا من البر فهذا صحيح عند القائلين بالقياس.

٢- ما استخرجه من شبه النص: كالعبد في ثبوت ملكه لتردد شبهه بالحر في أنه يملك لأنه مكلف وشبهه بالبيمة في أنه لا يملك لأنه مملوك، فهو صحيح غير مدفوع عند القائلين بالقياس والمنكرين له غير أن المنكرين له جعلوه داخلا في عموم أحد الشبهين ومن قال بالقياس جعله ملحقا بأحد الشبهين.

٣- ما كان مستخرجا من عموم النص: كالذي بيده عقدة النكاح في قوله: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧] يعم الأب والزوج والمراد به أحدهما وهذا صحيح يتوصل إليه بالترجيح.

٤- ما استخرج من إجمال النص: كقوله تعالى في المتعة: ﴿وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَى الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتَرِ قَدَرُهُ مَتَّعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْحَسَنِينَ﴾ [البقرة: ٢٣٦] فيصح الاجتهاد على قدر المتعة باعتبار حال الزوجين.

٥- ما استخرج من أحوال النص: كقوله تعالى في المتمتع: ﴿فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾ [البقرة: ١٩٦] فاحتمل صيام الثلاثة قبل عرفة واحتمل صيام السبعة إذا رجع في طريقه وإذا رجع إلى بلده فيصح الاجتهاد في تغليب إحدى الحالتين على الأخرى.

٦- ما استخرج من دلائل النص: كقوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ﴾ [الطلاق: ٧] فاستدللنا على تقدير نفقة الموسر فإنه أكثر ما جاءت به السنة في فدية الأذى في أن لكل مسكين مدين فاستدللنا على تقدير نفقة المعسر بمد فإنه أقل ما جاءت به السنة في كفارة الوطء في شهر رمضان أن لكل مسكين مدا.

(١) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٢) الموافقات (٤/٣٤٩، ٣٥٠) .

٧- ما استخرج من أمارات النص: كاستخراج دلائل القبلة لمن خفيت عليه مع قوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَتْ وَيَالْنَجْمُ هُمْ يَهْتَدُونَ﴾ [النحل: ١٦] مع الاجتهاد في القبلة بالأمارات والدلالة عليها من هبوط الرياح ومطالع النجوم.

٨- ما استخرج من غير نص ولا أصل: واختلف أصحابنا (يعني الشافعية) في صحة الاجتهاد بغلبة الظن على وجهين:

أحدهما: لا يصح حتى يقترن بأصل فإنه لا يجوز أن يرجع في الشرع إلى غير أصل وهو ظاهر مذهب الشافعي ولهذا كان ينكر القول بالاستحسان لأنه تغليب ظن بغير أصل.

والثاني: يصح الاجتهاد به لأنه في الشرع أصل فجاز أن يستغنى عن أصل، وقد اجتهد العلماء في التقدير على ما دون الحد بآرائهم في أصله من ضرب وحبس وفي تقديره بعشر جلدات في حال وبعشرين في حال وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع والفرق أن الاجتهاد بغلبة الظن يستعمل مع عدم القياس^(١).

ومما سبق يتضح أهمية قوة العلاقة التي يجب أن تكون بين المجتهد ونصوص القرآن والسنة قراءة ومعرفة لدقائق معانيهما وما يدلان عليه ، وخاصة في زمن تشابكت فيه موارد النوازل وتعقدت صورها ويكون هذا الفهم من خلال:

١- فهم الصحابة رضوان الله عليهم وسلف الأمة المعترين من أهل العلم الناصحين.

"و يترجح الاعتماد عليهم في البيان من وجهين:

أ- معرفتهم باللسان العربي فإنهم عرب فصحاء لم تتغير ألسنتهم ولم تزل عن رتبها العليا فصاحتهم فهم أعرف في فهم الكتاب والسنة من غيرهم فإذا جاء عنهم قول أو عمل واقع موقع البيان صح اعتماده من هذه الجهة.

ب- مباشرتهم للوقائع والنوازل وتزليل الوحي بالكتاب والسنة فهم أقعد في فهم القرائن الحالية وأعرف بأسباب التزليل ويدركون ما لا يدركه غيرهم بسبب ذلك والشاهد يرى ما لا يرى الغائب.

(١) هذه عبارة الماوردي في كتابه أدب القاضي (٥١٦/١) ، ينظر: البحر المحيط (٥١٩/٤ ، ٥٢٠) ، إرشاد

الفحول (٧٣٧/٢ إلى ٧٣٩) .

فمضى جاء عنهم تقييد بعض المطلقات أو تخصيص بعض العمومات فالعمل عليه صواب، وهذا إن لم ينقل عن أحد منهم خلاف في المسألة فإن خالف بعضهم فالمسألة اجتهادية" (١).

٢- **اللسان العربي السليم** الذي يفيد بصورة جلية في بيان مدلولات النصوص الشرعية التي تراوحت بين الوضوح والخفاء والقطع والظن "ففي كتاب الله آيات مخرجها أمر ومعانيها وجوه متغايرة فمنها تهديد ومنها إعجاز ومنها إيجاب ومنها إرشاد ومنها إطلاق ولا تدرك معرفة ذلك إلا من جهة اللغة" (٢).

وترتيب هذا الاستدلال يكون بما أبانه **الشاطبي** - رحمه الله - (٣) بقوله: "فعلى هذا لا ينبغي في الاستنباط من القرآن الاقتصار عليه دون النظر في شرحه وبيانه وهو السنة لأنه إذا كان كلياً وفيه أمور جملية . . فلا محيص من النظر في بيانه وبعد ذلك ينظر في تفسير السلف الصالح له إن أعوزته السنة فإنهم أعرف به من غيرهم وإلا فمطلق الفهم العربي لمن حصله يكفي فيما أعوز من ذلك". (٤)

فلا ينبغي للناظر في النوازل أن يتجاوز الكتاب والسنة إلى غيرهما من الأدلة إلا حين يفتقد الدليل منهما صراحة أو إشارة ثم استنباطاً. فالرأي المحمود أنواع: ومنه: الرأي الذي يفسر النصوص ويبين وجه الدلالة منها ويقررهما ويوضح محاسنها ويسهل طريق الاستنباط منها وهو رأي مستند إلى استدلال واستنباط من النص وحده أو من نص آخر معه، فهذا من ألطف فهم النصوص وأدقه" (٥).

وينبه بعد هذا المجتهد فيهما إلى أمرين:

١- إن نص القرآن والسنة لا يفتح كنوز أسرارهما ولا يعلم أحد من ثمين ما فيهما إلا من أخلص مع الله وصدق، وراعى فيهما حق الله واجتهد، وإلا فستعجم الأمور على الناظر فيه وستضرب الحجب بينه وبين فهم لطائفه ومعانيه.

(١) الموافقات (٤/ ١٢٨) .

(٢) الفقيه والمتفقه (٢/ ٤١) .

(٣) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٤) الموافقات (٤/ ١٨٣) .

(٥) إعلام الموقعين (١/ ١٢١، ١٢٢) .

٢- ينبغي التحفظ من القول في كتاب الله تعالى أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أشد التحفظ فلا يكون هذا إلا على بينة^(١)

الإجماع:

التعريف به: هو اتفاق مجتهدي عصر من العصور من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على مطلوب خبري.^(٢)

مورد الاستدلال به:

الإجماع حجة شرعية معتبرة عند أئمة المسلمين اتفق على أخذ المجتهد به، بعد أن يعدم استدلاله بنص شرعي على المتفق به عند جمهور أهل العلم^(٣)، فإن مبنى أحكام هذا الدين على الكتاب والسنة والإجماع^(٤).

وباستقراء موارد الإجماع لا توجد مسألة يتفق الإجماع عليها إلا وفيها نص شرعي تستند عليه^(٥)، وقد بين الشافعي رحمه الله ذلك عندما أجاب رادا على سؤال: ما معنى لزوم جماعتهم؟ في قوله -صلى الله عليه وسلم-: (فمن أراد بجوطة الجنة فليلزم الجماعة)^(٦) بقوله: "فلم يكن للزوم جماعتهم

(١) ينظر: الموافقات (٤/ ٢٨٣)، دلالة الكتاب والسنة على الأحكام ص (١٣٠).

(٢) ينظر: شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١١)، شرح قواعد الأصول ص (٣٣٢)، المذكرة شرح روضة الناظر للشنقيطي ص (٢٣١)، إرشاد الفحول (١/ ٢٣٤)، لباب المحصول (١/ ٣٨).

(٣) ينظر: المستصفى (١/ ١٧٣)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١/ ٢٥٤)، البحر المحيط (٤/ ٤٣٦)، التقرير والتحرير (٣/ ٨٠)، شرح التلويح على التوضيح (٢/ ٤١)، روضة الناظر (٢/ ٦٧)، أصول السرخسي ص (٢٢٩)، إحكام الفصول ص (٤٣٧-٤٤٦).

(٤) قال ابن تيمية -رحمه الله-: "فإن كل ما في الكتاب فالرسول موافق له والأمة مجمعة عليه من حيث الجملة فليس في المؤمنين إلا من يوجب اتباع الكتاب وكذلك كل ما سنه الرسول صلى الله عليه وسلم فالقرآن يأمر باتباعه فيه والمؤمنون مجمعون على ذلك وكذلك كل ما أجمع عليه المسلمون فإنه لا يكون إلا حقا موافقا لما في الكتاب والسنة لكن المسلمون يتلقون دينهم كله عن الرسول وأما الرسول فيترل عليه وحي القرآن. . . " مجموعة الفتاوى (٣٠/٧).

(٥) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٩/ ١٠٦، ١٠٧)، والخلاف في مستند الإجماع بين ابن حزم رحمه الله وجه اتفاقهم عليه على الحقيقة بقوله: (الجميع متفق على ضرورة استناد الإجماع إلى دليل وهذا الدليل في مسألة ما قد يعتريه البعض اجتهدا أو قياسا ثبت بدلالة النص أو معناه ولكن البعض قد يعتريه من قبيل الدليل المنصوص عليه). الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٥/ ١١٩).

(٦) أخرجه الترمذي في سننه، كتاب: الفتن عن رسول الله -صلى الله عليه وسلم- باب: ما جاء في لزوم الجماعة. ح (٢١٦٥)، (٤/ ٤٦٥). عن عمر بن الخطاب -رضي الله عنه- وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

معنى إلا ما عليه جماعتهم من التحليل والتحريم والطاعة فيهما. ومن قال بما تقول به جماعة المسلمين لزم جماعتهم ومن خالف ما تقول به جماعة المسلمين فقد خالف جماعتهم التي أمر بلزومها وإنما تكون الغفلة في الفرقة فأما الجماعة فلا يمكن فيها كافة غفلة عن معنى كتاب ولا سنة ولا قياس إن شاء الله^(١). "ولا يمكن أن تجمع الأمة عن هوى أو قول على الله بغير علم أو دون دليل ؛ فالأمة معصومة عن الخطأ والقول على الله دون دليل خطأ"^(٢).

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة من الإجماع:

والناظر في النوازل قد يجد في الإجماع طريقا إلى معرفة حكم النازلة وذلك من خلال أمرين:

١- معرفة المجتهد لمعاقد الإجماع و مواقع الاختلاف، فللمجتهد أثره في التحقق منه^(٣).

ليأمن الزلل والخطأ، فينبغي أن يعرف منها ما يجعله آمنا من مخالفتها، ومخالفة الأصول التي تبني عليها، بحيث يعرف إن كانت النازلة التي يريد استنباط حكم لها من المسائل المتفق عليها أو المختلف فيها.

٢- معرفة حكم النازلة بالإجماع في زمن كزماننا قد يتعذر إلا إذا تم إيجاد مجمع فقهي يضم جميع الفقهاء في العالم الإسلامي، واستغلال وسائل الاتصال الحديثة المختلفة لتبليغهم بمسائل النوازل لإصدار ما يرونه من حكم فيها، فيتحقق بذلك إجماعهم إن اجتمعوا على رأي في مسائل منها، وما تقوم به المحامع الفقهية اليوم ليس إجماعا بالمعنى الأصولي ولكنه يسد الفراغ الذي يحدثه غياب الإجماع في واقعنا المعاصر نتيجة ضعف الاتصال بين أجزاء الأمة وتفرقها وتباعدها، لكن اتفاق علماء مجمع من المحامع على بعض الأحكام لا بد أنه يوصل إلى أحكام شرعية تكون قوتها ودقتها أقرب إلى قوة الإجماع منها إلى قوة الاجتهاد الفردي.

ورد حكم النازلة إليه ليس لكونه إجماعا بل لكونه حجة يغلب فيها الصواب^(٤).

(١) الرسالة ص (٤٧٦) .

(٢) معالم أصول الفقه ص (١٧٧) ، ينظر: الفقيه والمتفقه (١٦٩/١) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٧٨/١٩) ، شرح الكوكب المنير (٢٥٩/٢) .

(٣) نقل عن الإمام أحمد رحمه الله قوله المشهور: (من ادعى الإجماع فهو كاذب، لعل الناس اختلفوا هذه دعوى بشر المريسي والأصم ولكن يقول: لا نعلم الناس اختلفوا إذا هو لم يبلغه)، رغم أنه قد استدلل بالإجماع في كثير من الأحيان، وقد حمل هذا على أن الواجب الاحتياط في نقل الإجماع والتثبت في ادعائه فإن الجزم باتفاق العلماء وإجماعهم من قبيل عدم العلم وليس من قبيل العلم بالعدم، فأقوال العلماء لا تحصر، وعدم العلم لا حجة فيه، وإنما يصح أن يقال: الناس مجتمعون، إذا علم واشتهر ضرورة الاتفاق عليه. ينظر: المسودة ص (٣١٦) ، مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٧١/١٩ ، ٢٤٧ ، ٢٤٨) ، معالم أصول الفقه ص (١٦٩ ، ١٧٠) .

(٤) ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل ص (٤٠٠ ، ٤٠١) بتصرف.

"فسداد الرأي وإصابته أن يكون شورى بين أهله ولا ينفرد به واحد وقد مدح الله المؤمنين بكون أمرهم شورى بينهم" (١)

القياس:

التعريف به: إثبات حكم الأصل في الفرع لاشتراكهما في علة الحكم (٢)،

ويتضح من التعريف أن للقياس أربعة أركان:

١- الأصل: وهو المقيس عليه.

٢- الفرع: وهو المراد إلحاقه بالأصل لإثبات حكم الأصل له .

٣- حكم الأصل: وهو الوصف المقصود إثباته في الفرع .

٤- العلة: وهو الوصف الجامع بين الأصل والفرع والذي اقتضى إثبات حكم الأصل في الفرع (٣).

مورد الاستدلال به:

القياس دليل شرعي معتبر، يرجع إليه المجتهد في معرفة أحكام الفروع التي لم يرد فيها نص ولا إجماع، "وهو أصل الرأي ومجال الاجتهاد وبه تثبت أكثر الأحكام فإن نصوص الكتاب والسنة محصورة ومواقع الإجماع معدودة والوقائع غير محصورة فاضطر العلماء إلى أن يثبتوا عنها بالقياس ما لم يثبت بنص أو بإجماع" (٤)، وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ تَنَزَّعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ﴾ [النساء: ٥٩] ، قال مجاهد (٥): إلى كتاب الله و (الرسول) قال: إلى سنة رسول الله صلى الله عليه

(١) إعلام الموقعين (١/١٢٤) .

(٢) للقياس تعريفات عديدة ينظر: شرح قواعد الأصول ص (٣٥٤، ٣٥٥) ، روضة الناظر (٢/٢٢٧) ، مذكرة أصول الفقه للشنقيطي ص (٣٧٩) ، المستصفى (٢/٢٢٨) ، تيسير الوصول (٥/١٥٤) ، أحكام الفصول ص (٥٢٨) ، شرح المنهاج (٢/٦٣٤، ٦٣٥) ، التحرير شرح التحرير: ناقش التعريفات والاعتراضات عليها (٧/٣١١٦ إلى ٣١٣١) ، لباب الحصول (٢/٦٤٠) .

(٣) ينظر: روضة الناظر (٢/٢٢٧) .

(٤) تقريب الوصول ص (٣٤٣) .

(٥) مجاهد بن جبر المكي المخزومي ، أبو الحجاج ، إمام تابعي شهير . هو إمام في الفقه و التفسير و الحديث ، توفي سنة ١٠٣ هـ و قيل غير ذلك (انظر ترجمته تهذيب الأسماء و اللغات ٢/٨٣ ، شذرات الذهب ١/١٢٥)

٤٨ - محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المعروف بشمس الأئمة السرخسي ، نسبة إلى سرخس من بلاد خراسان ، فقيه أصولي ، ذاع صيته واشتهر اسمه ، وصار إماماً من أئمة الحنفية وكان حجة ثبناً ، متكلماً متحدثاً ، مناضراً مجتهداً ، له مصنفات كثيرة منها : " المبسوط " في الفقه ، و " شرح السير الكبير " لمحمد بن الحسن " و " شرح مختصر الطحاوي " و " أصول السرخسي " ، توفي سنة ٤٨٣ هـ وقيل غير ذلك

ينظر : الجواهر المضية (٢/٢٨) ، الفوائد البهية ص (١٥٨) ، تاج التراجم ص (٥٢) ، الفتح المبين (١/٢٦٤) .

وسلم ثم قرأ: ﴿وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَى أُولَى الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ﴾ [النساء: ٨٣] ^(١).

وقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم اجتهاد معاذ لما بعثه إلى اليمن فقال له صلى الله عليه وسلم: (كيف تصنع إن عرض لك قضاء؟) قال: أقضي بما في كتاب الله قال: (فإن لم يكن في كتاب الله) قال: فبسنة رسول الله قال: (فإن لم يكن في سنة رسول الله) قال: أجتهد رأيي ولا آلو. قال: فضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم صدري ثم قال: (الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله صلى الله عليه وسلم) ^(٢). "والاجتهاد أبدا لا يكون إلا على طلب شيء وطلب الشيء لا يكون إلا بدلائل والدلائل هي القياس" ^(٣).

"وقد كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يجتهدون في النوازل ويقيسون بعض الأحكام على بعض ويعتبرون النظر بنظيره" ^(٤). فقد جاء في رسالة عمر بن الخطاب إلى أبي موسى الأشعري -رضي الله عنه- في القضاء: (ثم الفهم الفهم فيما أدلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة، ثم قاييس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق) ^(٥).

وقد أقرت الشريعة في كل نواحيها "إلحاق النظر بالنظر واعتبار المثل بالمثل ولهذا يذكر الشارع العلل والأوصاف المؤثرة والمعاني المعتبرة في الأحكام القدرية والشرعية والجزائية ليدل بذلك على تعلق الحكم بها أين وجدت واقتضائها لأحكامها وعدم تخلفها عنها إلا لمانع يعارض اقتضاءها ويوجب تخلف أثرها عنها" ^(٦) فتأكد أن القياس بموجب ما سبق باب مهم من أبواب الاستنباط وتحقيق المناط للوصول إلى أحكام الله في المسائل على مر العصور.

(١) الفقيه والمتفقه (١/ ٤٦٨) .

(٢) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الأفضية. باب: اجتهاد الرأي في القضاء. ح (٣٥٩٤)، (٣/ ٣٣٠).

والترمذي في سننه، كتاب: الأحكام. باب: القاضي كيف يقضي؟. ح (١٣٢٧ و ١٣٢٨)، (٣/ ٦١٦). وقال: هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وإسناده عندي ليس بمتصل. وقال الألباني ضعيف. انظر: السلسلة الضعيفة: (٣٨٢/٢).

(٣) الرسالة ص (٥٠٥) .

(٤) إعلام الموقعين (١/ ٢٦٢) .

(٥) المرجع السابق (١/ ٨٦) .

(٦) المرجع السابق (١/ ٢٥٤) .

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة بالقياس:

ليكون إعمال القياس إعمالاً محموداً يتحقق به حكم الله في المسائل لا بد أن يراعي المستنبط للحكم من خلاله أموراً:

١- "أن يكون القياس بعد طلب علم الواقعة من القرآن فإن لم يجدها في القرآن ففي السنة فإن لم يجدها في السنة فيما قضى به الخلفاء الراشدون أو اثنان منهم أو واحد فإن لم يجده فيما قاله واحد من الصحابة رضي الله عنهم فإن لم يجده اجتهد برأيه ونظر إلى أقرب ذلك من كتاب الله وسنة رسوله صلى الله عليه وسلم وأقضية أصحابه فهذا هو الرأي الذي سوغه الصحابة واستعملوه وأقر بعضهم عليه. . . " (١).

٢- ألا يقيس إلا من جمع الآلة التي له القياس بها، وهي العلم بأحكام الله فرضه وأدبه وناسخه ومنسوخه وعامه وخاصه وإرشاده، ويستدل على ما احتمل التأويل منه بسنن رسول الله صلى الله عليه وسلم فإذا لم يجد سنة فإجماع المسلمين فإن لم يكن إجماع فبالقياس. ولا يكون لأحد أن يقيس حتى يكون عالماً بما مضى قبله من السنن وأقاويل السلف وإجماع الناس واختلافهم ولسان العرب ولا يكون له أن يقيس حتى يكون صحيح العقل وحتى يفرق بين المشتبه ولا يعجل بالقول به دون التثبت ولا يمتنع من الاستماع ممن خالفه لأنه قد لا يتنبه بالاستماع لترك الغفلة ويزداد به تثبيتاً فيما اعتقد من الصواب. وعليه في ذلك بلوغ غاية جهده والإنصاف من نفسه حتى يعرف من أين قال ما يقول وترك ما يترك ولا يكون بما قال أعنى منه بما خالفه حتى يعرف فضل ما يصير إليه على ما يترك إن شاء الله (٢).

٣- أن تتحقق في القياس شروطه ليكون صحيحاً معتبراً، لا يلحقه الفساد:

- ١- أن لا يكون حكم الأصل مخصوصاً به بنص آخر.
- ٢- أن لا يكون معدولاً به عن القياس.
- ٣- أن لا يكون التعليل للحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه حتى يتعدى به إلى فرع هو نظيره ولا نص فيه.
- ٤- أن يبقى الحكم في المنصوص بعد التعليل على ما كان قبله.
- ٥- أن لا يكون التعليل متضمناً لإبطال شيء من ألفاظ النصوص (٣).

(١) إعلام الموقعين (١٢٥/١) .

(٢) ينظر: الرسالة ص (٥٠٩ - ٥١١) .

(٣) أصول السرخسي ص (٤٠١) .

٤- أن يعتني المجتهد عند استخراج العلة من أحد المسالك التي تعرف بها بتحقيق المناط فيها على أكمل وجه فهي لب القياس وجوهره، فيجتنب كل ما يؤدي إلى فساد العلة، ومن ذلك: أن لا يكون على صحتها دليل أو أن تكون منتزعة من أصل لا يجوز انتزاع العلة منه، مثل أن يقيس القائس على أصل غير ثابت إما لأنه منسوخ أو لعدم ثبوت الحكم فيه، أو أن تكون العلة مستنبطة منتقضة بأن لا توجد في الأصل، أو أن يعارضها ما هو أقوى منها من نص كتاب أو سنة أو إجماع^(١).

٥- أن يحرص المجتهد جهده على "ألا يحمل معاني النصوص فوق ما حملها الشارع ولا يقصر بمعاني الألفاظ عن مراده"^(٢).

(١) ينظر: الفقيه والمتفقه (١/٥٢٢، ٥٢٣).

(٢) إعلام الموقعين (١/٢٨٥).

الأدلة المختلف فيها^(١):

مذهب الصحابي:

التعريف به: هو ما نقل إلينا وثبت لدينا عن أحد أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم من فتوى أو قضاء في حادثة شرعية لم يرد فيها نص من كتاب أو سنة ولم يحصل عليها إجماع^(٢).

مورد الاستدلال به:

الرأي الوارد عن صحابة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد في كتاب ولا سنة، هو الرأي الصادر من قلوب قد امتلأت نورا وإيمانا وحكمة وعلمًا ومعرفة وفهما عن الله ورسوله صلى الله عليه وسلم، ونصيحة للأمة، وقلوبهم على قلب نبيهم ولا واسطة بينهم وبينه وهم ينقلون العلم والإيمان من مشكاة النبوة غضا طريا لم يشبه إشكال ولم يشبه خلاف ولم تدنسه معارضة فقياس رأي غيرهم بآرائهم من أفسد القياس^(٣).

"وقد أثنى الله على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في القرآن والتوراة والإنجيل وسبق لهم على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم من الفضل ما ليس لأحد بعدهم فرحمهم الله وهنأهم بما آتاهم من ذلك ببلوغ أعلى منازل الصديقين والشهداء والصالحين أدوا إلينا سنن رسول الله صلى الله عليه وسلم وشاهدوه والوحي يتزل عليه فعلموا ما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم عاما وخاصا وعزما وإرشادا وعرفوا من سننه ما عرفنا وجهلنا وهم فوقنا في كل علم واجتهاد وورع وعقل وأمر استدرك به علم واستنبط به وآراؤهم لنا أحمد وأولى بنا من رأينا عند أنفسنا^(٤)."

وقد تأكد أن الهدى في اتباع ما جاؤوا به من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم لهم عندما قال: (قد تركتكم على المحجة البيضاء ليلها كنهارها، لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك، فمن يعيش منكم فسيرى

(١) اختلف في عددها، وسأعرض في حديثي عنها إلى سبعة منها: مذهب الصحابي، والاستحسان، والعرف، والاستصلاح، وسد الذرائع، والاستقراء، والاستصحاب؛ على أنها الأكثر استخداما والأعظم أثرا عند المجتهد في نظره لحكم النازلة، والله أعلم، والاستصلاح وسد الذرائع يدخلان في المقاصد الشرعية فأرجأت الحديث عنهما عند رد حكم النازلة إلى المقاصد الشرعية. ينظر: أصول الفقه للزحيلي (٧٣٤/٢).

(٢) أثر الأدلة المختلف فيها ص (٣٣٩)، ينظر: دلالة الكتاب والسنة على الأحكام (٧٩).

(٣) إعلام الموقعين (١٢١/١).

(٤) قاله الشافعي في رسالته البغدادية، ينظر: إعلام الموقعين (١١٩/١).

اختلافا كثيرا، فعليكم بما عرفتم من سنتي، وسنة الخلفاء الراشدين المهديين، عضوا عليها بالنواجذ، وعليكم بالطاعة، وإن عبدا حبشيا، فإنما المؤمن كالجمل الأنف، حيثما قيد انقاد (١).

" فلا بد من القول بأن فهمهم في الشريعة أتم وأولى بالتقديم " (٢)، " فإذا اختلفوا لم يخرج من اختلافهم فإذا خفي ذلك ولم يفهم فعن التابعين فإذا لم يوجد عن التابعين فعن أئمة الهدى من أتباعهم " (٣).

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة بمذهب الصحابي:

مذهب الصحابي راجع إلى ما لا يمكن الاجتهاد فيه على وجهه إلا لهم، فاجتهادهم هي الأقرب لإصابة الحق لما سبق بيانه، فعلى الناظر المجتهد النظر في أقوالهم وأقضيته، ومعرفة مناهجهم فيما حكموا فيه من وقائع كانت بعد عهد النبي صلى الله عليه وسلم، ودراستها دراسة تعينه على التخرج عليها، وبناء الأحكام على ما أخذها. (٤)

وقد ذكر الإمام الشاطبي - رحمه الله - (٥) : " أن السلف والخلف من التابعين ومن بعدهم يهابون مخالفة الصحابة ويتكثرون بموافقتهم وأكثر ما تجد هذا المعنى في علم الخلاف الدائر بين الأئمة المعتبرين فتجدهم إذا عينوا مذاهبهم قووها بذكر من ذهب إليها من الصحابة وما ذاك إلا لما اعتقدوا في أنفسهم وفي مخالفتهم من تعظيمهم وقوة ما أخذهم دون غيرهم وكبر شأنهم في الشريعة وأنهم مما يجب متابعتهم وتقليدهم فضلا عن النظر معهم فيما نظروا فيه". (٦)

(١) أخرجه ابن ماجة في سننه ، أبواب: السنة. باب اتباع سنة الخلفاء الراشدين المهديين. ح(٤٣)،(٢٩/١). عن

العرباض بن سارية - رضي الله عنه - . حديث صحيح.

(٢) الموافقات (١٣٣/٤) .

(٣) ينظر: إعلام الموقعين (٢٤٧/٢) ، الفقيه والمتفقه (٤٣٢/١) .

(٤) ينظر: منهج استنباط أحكام النوازل ص (٤١١) .

(٥) سبق التعريف به سابقاً ص (١٠١) .

(٦) الموافقات (٤٥٧/٤) .

* الاستحسان^(١):

التعريف به: العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل شرعي خاص^(٢)،

مورد الاستدلال به:

لا تثبت للدليل الاستحسان حجية إلا بدليل يعتمد عليه، يسمى مستند الإستحسان^(٣)، وإن العدول الحاصل في الاستحسان إنما يرجع لملاحظة العلماء استثناء مسألة الاستحسان من قياس أو أصل ولا يكون هذا العدول إلا للتيسير ورفع الحرج على الناس، وإن استخراج الاستحسان في حقيقته مظهر للفهم الأصيل لروح الشريعة الإسلامية وما انبنت عليه من دفع الضرورة ورفع الحرج، ولكن لما كان الحرج غير منضبط يحتاج لضبط علمنا رجوع جميع وجوه الاستحسان إلى الضرورة والحاجة في الغالب^(٤).

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة من الاستحسان:

للاستحسان أهمية لا تخفى في الاهتداء لحكم صحيح للنوازل والمستجدات، فهو دليل يتحرى فيه أوجه قد تخفى على الناظر لأنه عدول عن الظاهر لكن بدليل يجعل هذا العدول معتبرا، وعليه فإنه مما ينبغي التنبيه له أن مقاصد الشريعة لها أثر واضح في ذلك^(٥) وله أوجه يتم بيانها فيما يلي:

١- من النوازل ما لم يرد في حكمه نص ولا إجماع قيلجاً إلى معرفة حكمه عن طريق قياسه على نظير له ورد النص أو الإجماع بحكمه لكنه قد يكون له شبه بأصليين مختلفين في الحكم ليسا على درجة واحدة من حيث ظهور العلة وخفائها أي أن إحداها قريبة إلى الذهن والأخرى بعيدة عنه فما ظهرت علتها يسمى الإلحاق به قياساً ظاهراً وما خفيت علتها يسمى الإلحاق به قياساً خفياً.

(١) ينظر لمعرفة الخلاف في معناه وتبعاً لذلك في حجيته: أصول السرخسي ص (٤٣٦ - ٤٤١)، شرح اللمع (٩٦٩/٢ - ٩٧٣)، كشف الأسرار على أصول البزدوي (٢/٤ - ١٤)، التحبير شرح التحرير (٣٨١٨/٨ - ٣٨٣٠)، إرشاد الفحول (٦٨٩/٢ - ٦٩١).

(٢) شرح الكوكب المنير (٤/٤٣١)، شرح اللمع (٢/٩٦٩)، ينظر: قواعد الأصول (١/٣٤٨)، كشف الأسرار للبزدوي (٣/٤)، إرشاد الفحول (٢/٦٨٨)، التحبير شرح التحرير (٨/٣٨٢٤)، المذكرة شرح روضة الناظر للشنقيطي ص (٢٥٩)، لباب المحصول (٢/٤٤٩).

(٣) ينظر: شرح اللمع (٢/٩٧٣)، إحكام الفصول ص (٦٨٨).

(٤) ينظر: رفع الحرج للباحسين ص (٣٣٣).

(٥) قال ابن رشد: معنى الاستحسان في أكثر الأحوال هو التفات إلى المصلحة والعدل ينظر: بداية المجتهد (١٥٤/٢).

فإذا عدل الناظر بما لم يرد بحكمه نص ولا إجماع عما يقتضيه القياس الظاهر من الحكم إلى ما يقتضيه القياس الخفي لوجه يرجح العدول كان هذا العدول عن مقتضى القياس الظاهر إلى مقتضى القياس الخفي استحساناً.

٢- أن من النوازل ما يندرج تحت دليل من الأدلة الشرعية العامة إلا أنه وجد دليل خاص من نص أو إجماع اقتضى استثناء الواقعة وإعطاءها حكماً غير الحكم المستفاد من الدليل العام فإذا عدل المجتهد عما يقتضيه الدليل العام من الحكم إلى ما يقتضيه الدليل الخاص كان هذا العدول استحساناً.

٣- أن تندرج بعض النوازل تحت قاعدة من القواعد الكلية إلا أنه وجد دليل خاص اقتضى استثناء واقعة من الوقائع وإعطاءها حكماً غير الحكم المستفاد من القاعدة الكلية فعدول المجتهد عما تقتضيه القاعدة الكلية من الحكم إلى ما يقتضيه الدليل الخاص يجعل هذا العدول استحساناً^(١).

(١) ينظر: التلويح على التوضيح (٢/ ١٧١، ١٧٢)، المدخل الفقهي العام (١/ ١١٣)، منهج استنباط النوازل ص (٤١٣-٤١٥).

الاستصحاب:

التعريف به: "استدامة إثبات ما كان ثابتاً أو نفي ما كان منفيًا" (١).

مورد الاستدلال به:

القول بالاستصحاب إجمالاً لازم لكل أحد، فهو أصل تبني عليه النبوة والشرعية فالقول به استمرار للعمل بالدليل الشرعي، والفطرة تدل على قبول دليل الاستصحاب بجميع أنواعه، ولا يجوز الاستدلال به إلا بعد البحث عن الدليل المغير والناقل ثم القطع أو الظن بعدم وجوده، وهذا ظاهر حال الصحابة رضوان الله عليهم (٢).

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة بالاستصحاب:

ينبغي للناظر في النوازل عند أخذه بدليل الاستصحاب ملاحظة أمران:

١- أن دليل الاستصحاب آخر مدار الفتوى، فلا يلجأ إليه المجتهد إلا بعد تحريره من انتفاء الأدلة الأخرى التي تستنبط منها الأحكام، وقد قال الخوارزمي: "أنه آخر مدار الفتوى، فإن المفتي إذا سئل عن حادثة يطلب حكمها في الكتاب ثم في السنة ثم الإجماع ثم في القياس فإن لم يجده فيأخذ حكمها من استصحاب في النفي والإثبات فإن كان التردد في زواله فالأصل بقاءه وإن كان التردد في ثبوته فالأصل عدم ثبوته" (٣).

فلا بد من الحذر عند العمل بالاستصحاب بناء على انتفاء الدليل الناقل من تحميل الاستصحاب فوق محمله، فيتوسع في العمل به مع وجود النص (٤).

٢- أنه قد تفرع عن دليل الاستصحاب عدة قواعد فقهية وأصولية عليها مدار عمل معتبر عند النظر والاجتهاد، ومنها:

- ١- الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد دليل يدل على المنع.
- ٢- الأصل براءة الذمة، والأصل بقاء ما كان على ما كان.
- ٣- اليقين لا يزول بالشك، فعلى الناظر العمل بها في مظانها عند اعتبار الأصل (٥).

(١) إعلام الموقعين (٤١٨/١)، ينظر: نهاية السؤل (٩٣٧/٢)، المستصفى (٢١٨/١، ٢٢١-٢٢٢)، البحر المحيط (٣٢٧/٤)، إرشاد الفحول (٦٨٠/٢)، شرح قواعد الأصول (٣٤١).

(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٢٢، ١٢١/١٣)، إعلام الموقعين (٤٢٣/١)، روضة الناظر (٣٩٠/١، ٣٩١)، مقاصد الشريعة ومكارمها لعلال الفاسي (١٣٢، ١٣٥).

(٣) ورد في كتابه الكافي على ما ذكر في البحر المحيط (١٧/٦)، وفي إرشاد الفحول ص (٢٣٧).

(٤) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٦/٢٣)، إعلام الموقعين (٣٣٧/١، ٣٣٩).

(٥) ينظر: منهج استنباط النوازل ص (٤١٨، ٤١٩).

* العرف والعادة:

التعريف به: هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول^(١) .

مورد الاستدلال به:

أعمل الفقهاء العرف في مسائل كثيرة في الفقه وأخذوا به ما لم يعارضه شرع ولم يكادوا يختلفون فيه^(٢)، فهو أصل يبنى عليه شطر عظيم من أحكام الدين، حتى قالوا: "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"^(٣)، ومن المعلوم أنه يرجع في فهم نصوص الشريعة إلى عوائد العرب، وقد قال في ذلك الشاطبي^(٤) -رحمه الله- مبينا: "لا بد في فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة وإن لم يكن ثم عرف لا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه"^(٥).

" وإن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة في الدين بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة . . بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها من غير استئناف اجتهد"^(٦)، "فالذي تغير هو تطبيق الحكم السابق لعدم تحقق شروطه والحكم الشرعي في أصله لم ينسخ ولا طرأ عليه تغيير بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب "^(٧)، وإن نزع الناس من عاداتهم فيه حرج ومشقة، وإجراؤها لهم تحقيق لمصالحهم، ومراعاة لأحوالهم^(٨) .

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة بالعرف:

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٣) ، ينظر: شرح الكوكب المنير (٤/٤٤٨) ، التحبير شرح التحرير (٣٨٥٢/٨) .

(٢) قال علال الفاسي: " فالعوائد والأعراف تعتبر سببا للأحكام الشرعية فهي بهذا الاعتبار من مصادرها " ينظر: مقاصد الشريعة لعلال الفاسي ص (١٥٧) .

(٣) المبسوط (١٤/١٣) ، ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٣٨٢) .

(٤) سبق التعريف به ، ص (١٢٠) .

(٥) الموافقات (٨٢/٢) .

(٦) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ص (٢٣١-٢٤١) .

(٧) الفروق (٤٦/١) .

(٨) ينظر: الموافقات (٢٨٧/٢، ٢٨٨) .

دليل العرف من الأدلة التي ينبغي لمن طلب فيها حكم نازلة أن يعملها في مواطنها التي اعتبرت فيها ؛ لئلا يداخل الأخذ بها هوى متبع أو يحمل الناس فيها على مشقة وحرَج، وفي النقاط التالية بيان ذلك:

١- أن ما تعارف عليه الناس لا يخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأولى: أن يكون بعينه حكما شرعيا، أي أن الشارع أوجد حكمه، كالطهارة من الأحداث والأنجاس وستر العورة كشروط لإقامة الصلاة، أو أنه أقره وحسنه كحكم القسامة والدية، فهذه أحكام شرعية لا تقبل التبديل والتغيير مهما تبدلت الأزمنة وتطورت العادات والأحوال.

الحالة الثانية: أن يكون مناطا للأحكام الشرعية، أي متعلقا بها، فما يجري مثلا في معاملات الناس من كيفية القبض وحفظ الأمانات وكيفية الإجازات ووسائل توثيق المعاملات فهذه ليست أحكاما شرعية ولكنها مناط للأحكام، فهذه تخضع للأعراف وتغيرات الزمن وأحوال الناس والأحكام تتغير بتغير مناطها.

الحالة الثالثة: ألا يكون أحكاما شرعية ولا مناطا لها، وذلك كل ما يعتاده الناس من العادات والتقاليد في مظاهر حياتهم المختلفة من طرق في الأكل والشرب واللبس والتعامل وغير ذلك ما دام أنه لا يعارض أمرا شرعيا وفي حدود المباح، فللناس أن يطوروها حسبما يرون وحسبما تؤدي إليه حالات الزمن^(١)

فعلى الناظر في النوازل أن يعمل مراعاة العرف وتغيير أحكامه بتغيير الأزمان على النوعين الأخيرين فقط.

٢- أن اعتبار العرف مشروط بشروط على المجتهد مراعاتها:

أولاً: أن يكون العرف مطردا أو غالبا أو تحقق في العادة حد التكرار الذي تثبت به. بمعنى أنها تكون شائعة مستفيضة بحيث يعرفها جميع أصحاب البلد التي هي فيه أو أصحاب الصنعة أو الاختصاص، غالبية على أكثر الحوادث لا تتخلف عنها إلا نادرا.

^(١) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٣٨٤، ٣٨٥)، رفع الحرج الباحثين، ص (٣٦٥-٣٦٩)، ضوابط المصلحة للبوطي ص (٢٨١).

قال السيوطي ^(١) - رحمه الله - : "إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا، وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف" ^(٢).

وقال ابن النجيم ^(٣) - رحمه الله -: "لا عبرة بالعرف الطارئ لذا اعتبر العرف في المعاملات ولم يعتبر في التعليق" ^(٤).

ثانياً: أن لا يعارض العرف نص شرعي بحيث يكون العمل بالعرف تعطيلاً له.

"فكل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف" ^(٥).

ثالثاً: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائماً عند إنشائها. بأن يكون حدوثه سابقاً على وقت التصرف ثم يستمر إلى زمانه فيقارنه، وهذا قولهم: المقارن السابق دون المتأخر.

رابعاً: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه، وضح ذلك العز بن عبد السلام رحمه الله بمثال فقال: "كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح" ^(٦).

٣- أن للعرف عند العلماء قواعد مقررّة فقهية، يحتاج الناظر في النوازل إليها عند نظره واجتهاده للوصول للحكم المناسب فيها، ومنها:

١- العادة محكمة.

٢- الثابت بالعرف كالثابت بالنص.

٣- لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان.

٤- المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً.

^(١) سبق التعريف به ، ص (١٢٠) .

^(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٨٥) .

^(٣) هو : زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، حنفي المذهب ، ولد سنة (٩٢٦هـ) ، وتوفي سنة (٩٧٠هـ) ، وعمره (٤٥) سنة، له: البحر الرائق شرح كتر الدقائق، والأشباه والنظائر، ينظر لترجمته: شذرات الذهب (٥٢٣/١٠) .

^(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٩ ، ١٠١) .

^(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٩٦) ، ينظر: الكوكب المنير (٤٥٢/٤) ، التعبير شرح التحرير (٣٨٥٧/٨) .

^(٦) قواعد الأحكام (١٥٨/٢) ، ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (٩٤) ، والأشباه والنظائر للسيوطي ، ص (١٠١) ، رفع الحرج للباحسين ، ص (٣٥٢ ، ٣٥٣) ، أثر العرف ، ص (٤٥) .

٤- أن يراعي المجتهد عند استخدامه للعرف تحقيق مصالح الناس ورفع الحرج عنهم مع التنبه لما قرره الشارع من أصول عامة لا يخرج عنها المفتي في فتواه، وأن لا ينقل ما وجدته في كتب الفقهاء مما يختص بعرف فيفتي به في زمنه، مع عدم مراعاة للمستجدات والمتغيرات التي طرأت على المسألة، ويقرر هذا المعنى ابن القيم^(١) -رحمه الله- بقوله: "ومن أفق الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمנתهم وأمكناتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمנתهم وطبائعهم بما في كتاب من كتب الطب على أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان"^(٢).

فيشترط فيمن يعمل العرف "أن يكون ممن له رأي ونظر صحيح ومعرفة بقواعد الشرع حتى يميز بين العرف الذي يجوز بناء الأحكام عليه وبين غيره"^(٣)، وعليه مع هذا التنبه لمراعاة جانب الورع والتقوى ما استطاع^(٤).

(١) تم التعريف به سابقا، ص (٤٤).

(٢) إعلام الموقعين (٨٩/٣).

(٣) رسائل ابن عابدين (٤٥/١).

(٤) أثر العرف ص (٢٢، ٢٣).

*الاستقراء:

التعريف به: هو الاستدلال بثبوت الحكم في الجزئيات على ثبوته في الأمر الكلي لتلك الجزئيات. ^(١)

مورد الاستدلال به:

وهو نوعان:

١- استقراء تام: إثبات حكم كلي في ماهية لأجل ثبوته في جميع جزئياتها.

٢- استقراء ناقص: هو إثبات حكم كلي في ماهية لثبوته في بعض أفرادها، بشرط أن لا يتبين العلة المؤثرة في الحكم، ويسمى عند الفقهاء: بإلحاق الفرد بالأعم الأغلب، ويختلف فيه الظن باختلاف الجزئيات فكلما كان الاستقراء في أكثر كان أقوى ظناً. وقد اختلف فيه ^(٢)

والمراد بالبحث عند الأصوليين الاستقراء الناقص، الذي يستدل به لثبوت حكم جزئي من جزئياته.

طريقة استنباط الحكم الشرعي للنازلة بالاستقراء:

١- القواعد العامة والكلية التي يحتاجها مجتهد النوازل لمعرفة حكم النازلة إنما يكون الطريق إليها باستقراء نصوص الكتاب والسنة، وقد أثبت الشاطبي ^(٣) -رحمه الله- ثبوته بقوله: "فالعموم إذا ثبت فلا يلزم أن يثبت من جهة صيغ العموم فقط بل له طريقان:

الأول: الصيغ إذا وردت وهو المشهور في كلام الأصول.

الثاني: استقراء مواقع المعنى حتى يحصل منه في الذهن أمر كلي عام فيجري في الحكم مجرى العموم المستفاد من الصيغ.

والدليل على صحة هذا الثاني وجوه:

أولاً: أن الاستقراء هكذا شأنه فإنه تصفح جزئيات ذلك المعنى ليثبت من جهتها حكم عام إما قطعي وإما ظني وهو أمر مسلم عند أهل العلوم العقلية والنقلية فإذا تم الاستقراء حكم به مطلقاً في كل فرد يقدر وهو معنى العموم المراد في هذا الموضع.

ثانياً: أن التواتر المعنوي هذا معناه: إن جود حاتم مثلاً إنما ثبت على الإطلاق من غير تقييد وعلى العموم من غير تخصيص بنقل وقائع خاصة متعددة تفوت الحصر مختلفة في الوقوع متفقة في معنى الجود ولم يكن خصوص الوقائع قادحاً في هذه الإفادة فكذلك إذا فرضنا أن رفع الحرج في الدين مثلاً مفقود فيه صيغة عموم فإننا نستفيده من نوازل متعددة خاصة مختلفة الجهات متفقة في أصل رفع الحرج

^(١) أثر الأدلة المختلف فيها ص (٦٤٨) ، ينظر: التحبير شرح التحرير (٣٧٨٨/٨) .

^(٢) ينظر: التحبير شرح التحرير (٣٧٨٨/٨ ، ٣٧٨٩) ، نهاية السؤل (٩٤٠/٢) .

^(٣) سبق التعريف به ، ص (١٠١) .

كما إذا وجدنا التيمم شرع عند مشقة طلب الماء والصلاة قاعدا عند مشقة القيام والقصر والفطر في السفر. . . . إلى جزئيات كثيرة جدا يحصل من مجموعها قصد الشارع لرفع الحرج فإننا نحكم بمطلق رفع الحرج في الأبواب كلها عملا بالاستقراء فكأنه عموم لفظي فإذا ثبت اعتبار التواتر المعنوي ثبت في ضمنه ما نحن فيه^(١).

ومضى إلى أن قال: "ولهذه المسألة فوائد تبني عليها أصلية وفرعية وذلك أنها إذا تقررت عند المجتهد ثم استقرى معنى عاما من أدلة خاصة واطرد له ذلك المعنى، ولم يفتقر بعد ذلك إلى دليل خاص على خصوص نازلة تعن بل يحكم عليها وإن كانت خاصة بالدخول تحت عموم المعنى المستقرى من غير اعتبار بقياس أو غيره إذ صار ما استقرى من عموم المعنى كالمخصوص بصيغة عامة فكيف نحتاج إلى صيغة خاصة بمطلوبه"^(٢).

٢- هو أحد طرق الكشف عن المقاصد الشرعية، والقواعد الفقهية، والعلل في القياس، وأحد طرق التخريج، وبه تستنبط معاني الكتاب والسنة، ولا يخفى ما لكل منها من أثر في استنباط أحكام النوازل.

قال البيضاوي^(٣) -رحمه الله- مؤكداً لكشف الاستقراء عن المقاصد: "إن الاستقراء دل على أن الله شرع أحكامه لمصالح العباد"^(٤).

وقال الشاطبي^(٥) -رحمه الله-: "إذا دل الاستقراء على هذا وكان في مثل هذه القضية مفيداً للعلم فنحن نقطع بأن الأمر مستمر في جميع تفاصيل الشريعة ومن هذه الجملة ثبت القياس والاجتهاد، فلنجر على مقتضاه ويبقى البحث في كون ذلك واجبا أو غير واجب موكولا إلى علمه . . ."، إلى أن قال: "والمعتمد أنا استقرينا أنها وضعت لمصالح العباد استقراء لا ينازع فيه"^(٦).

(١) الموافقات (٦٠/٤) .

(٢) المرجع السابق (٦٥/٤) .

(٣) تم التعريف به سابقا، ص (٣٥) .

(٤) المنهاج، ص (٢٣٣) .

(٥) سبق التعريف به، ص (١٠١) .

(٦) الموافقات (٦/٢، ٧) .

ضوابط عامة في ربط النازلة بالأدلة الشرعية:

١- اعتبار دلالات الألفاظ في فهم النصوص.

لا يمكن لطالب حكم يستنبطه من كلام الله ورسوله صلى الله عليه وسلم بلوغ ذلك على أتم وجه وأكماله إلا إذا عرف معنى اللفظ وأدرك مرامييه، ووقف على دلالاته ودرجاتها، ولا يكون ذلك إلا باستقراء أساليب العربية وعباراتها ومفرداتها وقد كفانا ذلك علماء الأصول حيث قرروا منها قواعد الألفاظ التي بها يتم استنباط الأحكام للنوازل من النصوص. وقد سمى جمع من الأصوليين المعاصرين مبحث الدلالات بقواعد أو طرق استنباط الأحكام من الأدلة نظرا لأهميتها في معرفة الأحكام وحل مشكلات النوازل^(١).

وقد قسم الأصوليون اللفظ من جهة علاقته بالمعنى إلى أربعة أقسام:

أولاً: باعتبار اللفظ للمعنى: خاص وعام ومطلق ومقيد وأمر ونهي.

ثانياً: باعتبار استعمال اللفظ في المعنى الموضوع له أو في غيره: حقيقة ومجاز وصريح وكناية.

ثالثاً: باعتبار دلالة اللفظ على المعنى (من حيث الوضوح والخفاء): ظاهر ونص ومفسر ومحكم وخفي ومجمل ومشكل ومتشابه.

رابعاً: باعتبار كيفية دلالة اللفظ على المعنى المستعمل فيه (طرق فهم المعنى من اللفظ): بالعبارة أو الإشارة أو الدلالة أو الاقتضاء.

ودراسة هذه الأقسام مما لا يستغني عنه من أراد الاستدلال على الحكم الشرعي من النصوص^(٢).

٢- عدم إخراج النصوص عن ظواهرها لأغراض فاسدة وتأويلات بعيدة لا تحتملها اللغة.

قال ابن القيم^(٣) -رحمه الله- منبها على هذا الضابط: "إذا سئل المفتي عن تفسير آية من كتاب الله أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فليس له أن يخرجها عن ظاهرها بوجوه التأويلات الفاسدة لموافقة نخلته وهواه، ومن فعل ذلك استحق المنع من الإفتاء والحجر عليه وهذا الذي ذكرناه هو الذي صرح به أئمة المسلمين قديما وحديثا"^(٤).

(١) ينظر: علم أصول الفقه لخلاف ص (١٤٠)، أصول الفقه لأبي زهرة ص (١١٥)، أصول الفقه لبدران ص

(٣٤٧)، أصول الفقه للزحيلي (١٩٧/١)، الوجيز في أصول الفقه ص (٧٣).

(٢) ينظر: الرسالة ص (٦٢-٦٤)، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (١٥٤/٢)، شرح الكوكب المنير (

٥/٣)، شرح تنقيح الفصول ص (٩٦-٣٢١)، دلالة الكتاب والسنة على الأحكام ص (٤٧).

(٣) تم التعريف به سابقا، ص (٤٤).

(٤) إعلام الموقعين (١٨٩/٤).

قال ابن القيم^(١) - رحمه الله - ذاما لهم: " ويكفي المتأولين في كلام الله ورسوله بالتأويلات التي لم يردّها ولم يدل عليها كلام الله أنهم قالوا برأيهم على الله، وقدموا آراءهم على نصوص الوحي، وجعلوها عيارا على كلام الله ورسوله، ولوعلموا أي باب شر فتحوها على الأمة بالتأويلات الفاسدة وأي بناء للإسلام هدموا بها، وأي معاقل وحصون استباحوها لكان أحدهم أن يخرج من السماء إلى الأرض أحب إليه من أن يتعاطى شيئا من ذلك"^(٢).

ولكي يعرف الصحيح من الفاسد، فقد وضع الأصوليون شروطا للتأويل الصحيح الذي يحتاجه المستنبط لحكم الله من نصوص شرعه، ومنها:

أولاً: أن يكون اللفظ محتملا للمعنى الذي يؤول إليه لوضع اللغة له أو استعمال العرف أو وضع الشارع.

ثانياً: أن يوجد موجب يقتضي التأويل؛ بأن يكون ظاهر النص مخالفا لقاعدة معلومة من الدين بالضرورة، أو مخالفا لنص أقوى منه سنداً، أو أقوى منه دلالة ويمكن تأويله ليعمل بهما فيأول.

ثالثاً: ألا يكون التأويل من غير سند^(٣). فيتين للنظر في هذه الشروط مواضع التأويل الصحيح من الفاسد، فيعمل بالصحيح منه.

٣- اعتبار العوارض المؤثرة في الحكم.

على المستنبط لحكم الله لنازلة من النوازل ألا يسارع إلى الحكم فيها إلا وقد تتبع كل ما يمكن أن يعترض الدليل الشرعي من عوارض تؤثر على سير الدليل نحو إثبات حكم ما، فيحرص كل الحرص على سلامة الدليل حتى يمكن الاحتجاج به.

والعوارض المؤثرة في الحكم تنقسم إلى نوعين:

١- العوارض الذاتية المؤثرة في إثبات الحكم: " منها: ما يرجع لعوارض الألفاظ، وهي خمسة: المجاز والاشتراك، والنقل، والإضمار، والتخصيص، ومنها ما يرجع لغير ذلك إما للحكم كالنسخ، أو للتركيب كالقديم والتأخير، أو للواقع كالمعارض العقلي، أو للغة كتغير الإعراب"^(٤)

(١) تم التعريف به سابقاً، ص (٤٤).

(٢) المرجع السابق (١٩٢/٤).

(٣) ينظر: إرشاد الفحول ص (١٧٧)، أصول الفقه لأبي زهرة ص (١٣٥، ١٣٦).

(٤) البحر المحيط (٢٤١/٢).

٢- العوارض الإضافية المؤثرة في تنزيل الحكم على الواقعة: اقتضاء الأدلة للأحكام في الأصل يقع مجردا من التوابع والإضافات المؤثرة في الحكم، لكن عند انضمام توابع تغير الحكم عند تنزيله على الواقع يتغير الحكم، وقد بين الشاطبي^(١) - رحمه الله - المنهج في اعتبار تلك التوابع بقوله: "لا يخلو أن يأخذ المستدل الدليل على الحكم مفردا مجردا عن اعتبار الواقع أو لا، فإن أخذه مجردا صح الاستدلال، وإن أخذه بقيد الوقوع فلا يصح، وبيان ذلك أن الدليل المأخوذ بقيد الوقوع معناه التزيل على المناط المعين، وتعيين المناط موجب في كثير من النوازل إلى ضmann وتقييدات لا يشعر المكلف بها عند عدم التعيين . . ومن الأمثلة على ذلك قال الله تعالى: ﴿ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ ﴾ [البقرة: ٢٣٨] تزيلا على المناط المعتاد في وجوب القيام للصلاة، فلما عرض مناط آخر خارج عن المعتاد وهو المرض بينه عليه الصلاة والسلام بقوله وفعله حين جحش شقه"^(٢)

فدل كلامه على اعتبار التوابع المؤثرة على مناط الحكم عند التعيين، ووضح أهمية ذلك في تنزيل الحكم على الوقائع والمستجدات.

٤- معرفة طرق الجمع والترجيح عند تعارض النصوص والدلالات.

التعارض يستحيل وقوعه في الأدلة الشرعية على الحقيقة، وإنما يكون التعارض ظاهريا وينسب إلى تعارض أنظار المجتهدين، يقول الزركشي - رحمه الله - في ذلك: " اعلم أن الله تعالى لم ينصب على جميع الأحكام الشرعية أدلة قاطعة، بل جعلها ظنية قصدا للتوسيع على المكلفين، لئلا ينحصروا في مذهب واحد لقيام الدليل عليه، وإذا ثبت أن المعتبر في الأحكام الشرعية الأدلة الظنية، فقد تعارض بعارض في الظاهر بحسب جلائها وخفائها فوجب الترجيح بها، والعمل بالأقوى والدليل على تعيين الأقوى: أنه إذا تعارض دليلان أو أمارتان فإما أن يعمل جميعا، أو يلغيا جميعا، أو يعمل بالمرجوح أو الراجح وهذا متعين فدل كلامه على اعتبار التوابع المؤثرة على مناط الحكم عند التعيين، ووضح أهمية ذلك في تنزيل الحكم على الوقائع والمستجدات. . . . وتبين مما سبق أهمية معرفة المجتهد في أحكام النوازل أحوال التعارض والمنهج في التعامل معها. ويكون ذلك من خلال معرفته لأوجه التعارض أولا، ليتبين وجوده، وذلك إذا:

١- تساوى الدليلان في القطعية والظنية ثبوتا ودلالة، فلا تعارض بين قطعي وظني، ولا بين نص وقياس.

٢- إذا تساوى في قوة الدلالة، بأن تكون من نوع واحد، فإن تفاوت أحدهما على الآخر في القوة فلا تعارض.

(١) سبق التعريف به، ص (١٠١).

(٢) الموافقات (٢٩٢/٣ - ٢٩٦).

٣- إذا اتحد محل الحكم وزمانه، فإن اختلفا فلا تعارض .

٥- الاعتناء بمكانة العقل في فهم النصوص.

فالعقل الصريح يوافق النقل الصحيح و لا يعارضه، والاعتبار بالنقل الصحيح، والعقل لا يستقل بحكم وإنما يضبط حكمه بالنقل، فالعقل في الشرع معتبر ولا يصح تكليف للعبد إلا بسلامته من النواقض والعوارض، وهو أداة النظر والاستنباط، وعليه تقوم حجة الله على خلقه، وقد أبان الشاطبي (١) - رحمه الله - العلاقة بين النقل والعقل بقوله: " إذا تعاضد النقل والعقل على المسائل الشرعية، فعلى شرط أن يتقدم النقل فيكون متبوعاً ويتأخر العقل فيكون تابعاً، فلا يسرح العقل في مجال النظر إلا بقدر ما يسرحه النقل" (٢)

ف"العلاقة بين العقل والنقل وبين الاجتهاد والنص علاقة قديمة، وهي مشكلة تعددت مباحثها في كتب المتكلمين والفقهاء والأصوليين والفلاسفة، بيد أن ثمة قواعد أصولية استقرت في الفقه الإسلامي تحكم مسار الفتوى، وعلى رأسها القاعدة الشهيرة (لا اجتهاد مع النص) ومما يلفت النظر في الآونة الأخيرة شيوع فوضى فكرية، ولا سيما في مجال الفتوى الشرعية على وجه الخصوص، وأصبحت النصوص الشرعية مهددة، وغائبة، لصالح فروضات العقل العام، بل إن التجرد على الفتوى الشرعية أصبح مشاعاً بين كل أحد من الناس، حتى إن أهل العبث والمجون، ومن لا دين لهم بل حتى من يدينون أصلاً بغير دين الإسلام، حيث غدا من المؤلف أن تسمع الواحد منهم يقرر بهدوء تام أن الإسلام لا يقبل كذا وكذا، وأن الفعل أو ذاك ليس من الإسلام، وهذا حلال وهذا حرام" (٣)

فعلى المجتهد في الأمور التي نزلت وحلت في أزمنة طغى فيها الهوى، وقُدس فيه العقل، أن يلزم الأدلة الشرعية في إبقاء الأصل أصلاً والتابع تابعاً، فلا يقدم العقل على النقل، ولا يخرج في تعليقاته العقلية عن إطار أدلة الشرع وقواعده العامة.

(١) سبق التعريف به، ص (١٠١) .

(٢) الموافقات (١/١٢٥) .

(٣) أزمة الحوار الديني ص (٦٢) .

المطلب الثاني

بالرد إلى القواعد الفقهية^(١).

بعد أن استقر فقه المذاهب الإسلامية، وكثرت بذلك الفروع الفقهية، برز فن تقعيد القواعد، بخصر فروع المسائل بعد استقراءها، وربطها بأصول تجمعها بعد تحقيق مناطها، فكان لهذا الجهد آثار جعلت الفقه أقرب نظرا لكل طالب، وبخاصة للمجتهد المرید لأحكام نوازله رابطا وضابطا، وتتجلى أهمية التقعيد الفقهي في الأمور التالية:

١- ضبط الفروع الفقهية المتناثرة بأشباهها بردها إلى الأصول الفقهية فلا تتعارض أحكامها، بل تتسق اتساقا عجيبا مع اختلاف أبوابها، بل يمكن الإحاطة بها وبأحكامها بمعرفة قواعدها^(٢)، "فهني قواعد مهمة وفوائد جمة تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب وتنظم له منشور المسائل في سلك واحد وتفيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد"^(٣)، كذلك قال **القرافي**^(٤) -رحمه الله-: "ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت وتزلزلت خواطره واضطربت"^(٥).

٢- تكوين ملكة فقهية راسخة لكل من ورد منها ونهل، تؤهله لرتبة الاجتهاد وتمكنه من التخرج والإلحاق على ما استجد في زمنه من مستجدات، وتعرفه على مناهج العلماء في ذلك^(٦).

قال ابن نجيم^(٧) -رحمه الله-: (هي أصول الفقه في الحقيقة وبها يرتقي الفقيه إلى درجة الاجتهاد ولو في الفتوى)^(٨).

(١) القواعد الفقهية: هي قضية شرعية عملية كلية، تشتمل بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها. ينظر: القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ص (١٨).

(٢) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (٣٥)، مقدمة القواعد تحقيق: بن حميد ص (١١٢)، الأشباه والنظائر للسبكي (١٠/١)، الفروق (٣/١).

(٣) تقرير القواعد وتحرير الفوائد ص (٤).

(٤) سبق التعريف به ص (١٢١).

(٥) الفروق (٣/١).

(٦) ينظر: شرح القواعد الفقهية ص (١٤)، مقدمة القواعد تحقيق: بن حميد ص (١١٢)، القواعد الفقهية عند ابن القيم ص (١٩٢).

(٧) زين الدين ابراهيم بن محمد، من فقهاء الحنفية، أصولي، من مؤلفاته "الأشباه والنظائر"، "البحر الرائق شرح كثر الدقائق"، "الفوائد الزينية"، ولد سنة ٩٢٦ هـ وتوفي سنة ٩٧٠ هـ وقيل ٩٦٩ هـ (انظر ترجمته كشف الظنون ٩٨/١).

(٨) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٥).

وقال السيوطي^(١) -رحمه الله- : " به يطلع على حقائق الفقه ومداركه وآخذه وأسراره ويتمهر في فهمه واستحضاره ويقتدر على الإلحاق والتخريج ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مر الزمان "^(٢).

٣- إبانة حكم الله في النوازل التي لا يوجد فيها نص شرعي أو فقهي، وتشملها إحدى القواعد الفقهية المقررة، بتخريج الحكم عليها^(٣).

وقد قرر ذلك السيوطي -رحمه الله- بقوله: "ومعرفة القواعد يعرف الفقيه حقائقه وتفهم مآخذه ومداركه وتتجلى حكمه وأسراره وتعرف نوازله وحوادثه "^(٤).

٤- إدراك مقاصد الشريعة وأسرارها من خلال الاطلاع على نصوص قواعد الفقه فيها، حيث يظهر للعارف بما جمعت وفرقت، مادعت إليه الشريعة ورغبت، مما جنبته منه وأبعدت^(٥).

٥- تسهيل الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه لغير المختصين^(٦).

ولما كانت القواعد الفقهية عند علماء الشريعة بهذا المكان الأسنى، كان لزاما على الناظر في النوازل أن يعرف نواحي تطبيقها عندهم، ويدرك مآخذ العمل بها لديهم^(٧). فقد قال ابن تيمية -رحمه الله-: " لا بد أن يكون مع الإنسان أصول كلية يرد إليها الجزئيات ليتكلم على علم وعدل ثم يعرف الجزئيات

(١) سبق التعريف به ، ص (١٢٠) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣١) .

(٣) ينظر: القواعد الفقهية لعلي الندوي ص(٤٦٦) ، الاستغناء (٦٠/١) .

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي (٩٤/٢) .

(٥) ينظر: القواعد تحقيق: بن حميد ص (١١٣) .

(٦) ينظر: مقدمة الأشباه والنظائر لابن الوكيل تحقيق: أحمد العنقري ص (٢٤) .

(٧) اختلف أهل العلم في حجية القواعد الفقهية استقلالاً، والراجح والله أعلم أن القواعد الفقهية لا تستقل بالاستدلال بها و" إنما هي شواهد يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدونة"، "فأما إذا كانت الحادثة لا يوجد فيها نص فقهي أصلاً لعدم تعرض الفقهاء لها، ووجدت القاعدة التي تشملها، فيمكن عندئذ استناد الفتوى والقضاء إليها، اللهم إلا إذا قطع أو ظن فرق بين ما اشتملت عليه القاعدة وهذه المسألة الجديدة" القواعد الفقهية للندوي ص (٣٣٠ ، ٣٣١) .

كيف وقعت وإلا فيبقى في كذب وجهل في الجزئيات ، وجهل وظلم في الكليات فيتولد فساد عظيم"^(١).

ويتم ذلك له من خلال أمور:

"أولاً: أن تتوفر في الوقائع الشروط الخاصة، التي لابد منها لانطباق القاعدة عليها، وتوضيحاً لذلك نقول: إن قاعدة (المشقة تجلب التيسير)، لا تطبق إلا بعد تحقق طائفة من الأمور في الوقائع المراد تطبيق القاعدة عليها منها:

أ- أن تكون المشقة فيها حقيقية.

ب- أن تزيد على المعتاد.

ج- أن لا يكون للشارع مقاصد من التكليف بها.

د- أن لا يؤدي بناء الحكم عليها إلى تفويت ما هو أهم من ذلك.

ثانياً: أن لا يعارضها ما هو أقوى منها أو مثلها سواء كان دليلاً فرعياً خاصاً معتداً به أو قاعدة فقهية أخرى متفقاً عليها.

أن تكون الواقعة المطلوب تطبيق القاعدة عليها خالية من الحكم الشرعي الثابت بالنص أو الإجماع وفي هذه الحالة ينظر للحكم المستفاد من تطبيق القاعدة فإن كان موافقاً للحكم المستفاد من النص أو الإجماع جاز تطبيق القاعدة عليه لأنه لا مانع من تعدد الأدلة على مسألة واحدة وأما إذا كان مخالفاً له فلا يجوز ذلك لكون الحكم المستفاد من تطبيق القاعدة أضعف من الحكم الثابت بالنص أو الإجماع وإذا كانت القاعدة نفسها نصاً فرعياً فإنه حينئذ يلجأ إلى القواعد والأسس العامة في باب التعارض والترجيح".^(٢)

(١) مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٢٠٣/١٩) ، ينظر: القواعد لابن القيم ص (١٩٣) .

(٢) منهج استنباط أحكام النوازل الفقهية المعاصرة ص (٤٦٤-٤٦٦) .

المطلب الثالث

بطرق التخریج (١):

وهذه الطرق من وسائل الاستنباط التي تتطلب علما متعمقا بجوانب الاتفاق والاختلاف في المسائل الأصولية، يجب أن يكون الناظر فيها مطلعاً على الفروع في شتى المذاهب الفقهية، ذا قدرة فائقة على ربط الفرع الفقهي بأصله في كل مذهب ربطاً محكماً لا خلل فيه ولا اضطراب^(٢)

أنواعها:

١- تخریج الأصول من الفروع:

صورته: هو الذي يتوصل عن طريقه لأصول وقواعد الأئمة من خلال تتبع فروعهم الفقهية وتعلياتهم للأحكام.^(٣)

طرق الكشف عن أصول الأئمة من خلال فروعهم:

من أهمها:

- ١- استقراء الفروع الفقهية الواردة عن الأئمة، والنظر في وجه الشبه الجامع بينها للتوصل إلى معرفة الأصل أو القاعدة التي بنى عليها الإمام حكمه .
- ٢- إدراك معاني المصادر المعتمدة في التخریج وسبرها والمقارنة بينها للتوصل إلى مآخذ الأئمة وعللهم التي استندوا إليها فيما ذهبوا إليه من أحكام.
- ٣- النظر العقلي وإعمال الفكر كإدراك أن الأمر يقتضي النهي عن ضده والنهي عن الشيء أمر بأحد أضداده^(٤).

(١) التخریج: هو استنباط الأحكام الشرعية العملية وما يوصل إليها من خلال آراء أئمة المذهب وقواعدهم. ينظر:

منهج استنباط النوازل الفقهية المعاصرة ص (٤٧٨) .

(٢) ينظر: الأصول والفروع ص (١١٤) .

(٣) التخریج عند الفقهاء والأصوليين الباحثين ص (٢١) .

(٤) التخریج عند الفقهاء والأصوليين للباحثين ، ص (٢٣، ٢٤) .

هذه الطرق مما يحتاج المخرج للنوازل إلى معرفته للوصول إلى قواعد إمام مذهبه ومن ثم تطبيقها على الواقعة المستجدة التي يطلب لها حكماً.

فوائده:

ينال الناظر في النوازل من هذا النوع من التخريج أموراً، منها:

- ١- قواعد الأئمة التي تمكنه من ترجيح الأقوال واختيار أقواها بحسب قوة القاعدة المستخرجة.
- ٢- ضبط الفروع المروية عن الأئمة بأصولها، لمعرفة بوجه الارتباط بينها والعلل التي تقوم عليها.
- ٣- تخريج المسائل غير المنصوص عليها من النوازل وفق القواعد المخرجة إن كانت تنطبق عليها.
- ٤- معرفة أسباب اختلاف الفقهاء^(١).

٢- تخريج الفروع على الأصول:

هو الذي يبحث عن علل أو مآخذ الأحكام الشرعية لرد الفروع إليها بيانا لأسباب الخلاف أو لبيان حكم ما لم يرد بشأنه نص عن الأئمة بإدخاله ضمن قواعدهم أو أصولهم^(٢). وقد وضح هذا محقق كتاب: (تخريج الفروع على الأصول) للزنجاني حيث ذكر مثال: "أنه يرسم علاقة الفروع والجزئيات من أحكام الفقه بأصولها وضوابطها من القواعد والكليات ضمن إطار لتقييد الاختلاف بين المذهبين الشافعي والحنفي وبيان الأصل الذي ترد إليه كل مسألة خلافية فيهما"^(٣).

طرق إلحاق فروع الأئمة بأصولهم:

أهم طرق هذا النوع من التخريج هو تحقيق المناط حيث إن المخرج فيه يسعى إلى إدراك المناط في جزئيات القواعد المستنبطة ليلحقها بها إن لم يكن الإمام قد نص على حكمها وذلك كأن يطبق علة الإمام التي نص عليها على الجزئيات التي تتحقق فيها العلة^(٤).

(١) المرجع السابق، ص (٢٦) .

(٢) المرجع السابق، ص (٥٥) .

(٣) المحقق: د. أدیب الصالح، ينظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٣) .

(٤) التخريج عند الفقهاء والأصوليين الباحثين ص (٦٣) .

فوائده^(١):

ينال الناظر في النوازل من هذا النوع من التخريج أمورا، منها:

١- ينمي ملكته الفقهية وقدرته على الاستنباط والترجيح وتفريع المسائل وبنائها على الأدلة، والتعرف على آراء الأئمة في المسائل التي لم يرد عنهم نص بشأنها، وعلى أحكام النوازل الطارئة التي لم يرد فيها نص شرعي ولا فقهي. وقد بينه محقق تخريج الفروع على الأصول للزنجاني في مقدمته قائلا: "كما أن في ذلك تربية للملكة الفقهية المؤهلة للاستدلال والترجيح القادرة على تفريع المسائل من قواعدها الكبرى وإمكان رد الجديد من أحكام الحوادث الطارئة إلى ما يثبت إليه من الأصول"^(٢).

٢- يمكنه من الفهم الدقيق لما يدرسه ويبحثه في كتب الفقه وذلك بربطه كثيرا من الجزئيات أو بمعرفته لما أخذها في سلك واحد مما يساعد على فهم وحفظ وضبط المسائل الفقهية. وقد بينه الأسنوي بقوله: "وكان من أحسن ما يعاينه الفقيه المتقن والنبه المحسن معرفة القواعد الكلية والمقاصد المرعية وما يتخرج من الفروع عليها ويرجع من الشوارد المفرقة إليها وهي الطريق التي خفيت مسالكها وصعبت مداركها وقل المعني بها"^(٣).

٤- يحرر علمه بالأصول من التنظير إلى التطبيق حيث به يعلم آثار قواعد الأصول على الفقه فيعطى قواعد الأصول وضوحا.

وقد ذكر ذلك الزنجاني^(٤) -رحمه الله- بقوله: "وحيث لم أر أحدا من العلماء الماضين والفقهاء المتقدمين، تصدى لحيازة هذا المقصود بل استقل علماء الأصول بذكر الأصول المجردة، وعلماء الفروع بنقل المسائل المبددة، من غير تنبيه على كيفية استنادها إلى تلك الأصول: أحببت أن أتخف ذوي التحقيق من المناظرين بما يسر الناظرين، فحررت الكتاب كاشفا عن النبأ اليقين فدللت فيه مباحث المجتهدين، وشفيت غليل المسترشدين، فبدأت بالمسألة الأصولية التي ترد إليها الفروع في كل قاعدة، وضمنتها ذكر الحجة الأصولية من الجانبين ثم رددت الفروع الناشئة منها إليها"^(٥).

٥- يعرفه بأوجه اختلاف الفقهاء فيما استنبطوه من أحكام فقهية وأنها خلافات مردودة إلى أسس علمية ومناهج في الاستنباط مختلفة ومعتبرة.

(١) ينظر: التخريج بين الفقهاء والأصوليين لباحسين ص (٥٦-٦٠)، تخريج الفروع على الأصول لعثمان شوشان شوشان (١/٨٤).

(٢) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (١٤).

(٣) التمهيد للإسنوي ص (١١).

(٤) تم التعريف به سابقا، ص (٧٤).

(٥) تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ص (٣٤، ٣٥).

وصرح بذلك الزنجاني^(١) -رحمه الله- بقوله: "وبيان الأصول التي ينتمي إليها الاختلاف تعريف بأن الاختلاف (مشروع)"^(٢).

٦- يقوي مذهبه فيكون تخريجه للنوازل الجديدة على أصول المذهب أدعى إلى استمراريته وبقائه، إذ أن أهم وسيلة تضمن له الاستمرار والبقاء ما يقوم به أتباعه من التخريج على أصول إمام المذهب استنباطا لما يستجد من حوادث جديدة ونوازل معاصرة حتى يبقى حاضرا في حياة المسلمين لا ينقطع.

قال الزنجاني^(٣) -رحمه الله-: "وحيث يعرف الناظر في ذلك مأخذ ما نص عليه أصحابنا وأصلوه وأجملوه أو فصلوه أو ينبه به على استخراج ما أهملوه ويكون سلاحا وعدة للمفتين وعمدة للمدرسين . . . وقد مهدت بكتابي هذا طريق التخريج لكل ذي مذهب وفتحت به باب التفريع لكل ذي مطلب فلتستحضر أرباب المذاهب وقواعدها الأصولية و تفاريعها ثم تسلك ما سلكته فيحصل به إن شاء الله تعالى لجميعهم الثمر على تحرير الأدلة وتهدئتها و التبين لما أخذ تضعيفها وتصويبها و يتهيا لأكثر المستعدين الملازمين للنظر فيه غاية الطلب وهو تمهيد الوصول إلى مقام استخراج الفروع من قواعد الأصول والتعريج إلى ارتقاء مقام ذوي التخريج"^(٤)

٣- تخريج الفروع على الفروع:

هو الذي يتوصل به إلى التعرف على آراء الأئمة في المسائل الفرعية التي لم يرد عنهم فيها نص بإلحاقها بما يشبهها في الحكم عند اتفاقهما في علة ذلك الحكم عند المخرج أو بإدخالها في عمومات نصوصه أو مفاهيمها أو أخذها من أفعاله أو تقريراته بالطرق المعتد بها عندهم وشروط ذلك ودرجات هذه الأحكام^(٥).

(١) سبقت ترجمته ص (٧٤) .

(٢) المرجع السابق ص (١٤) .

(٣) سبقت ترجمته ص (٧٤) .

(٤) التمهيد للإسنوي ص (٤٦ ، ٤٧) .

(٥) تخريج الفروع على الأصول للباحسين ص (١٧٩) .

طرق إلحاق الفروع بالفروع:

من خلال التصوير السابق لتخريج الفروع من الفروع تبين أن من هذه الطرق:

- ١- القياس: بإلحاق الفرع الذي سكت عنه الإمام بالفرع الذي أبان حكمه لاشتراكهما في العلة
- ٢- الاستقراء: بموافقة الفرع المسكوت عنه لعمومات نصوص الإمام، أو مفاهيمه، أو أفعاله، أو تقريراته، ولا يعلم هذا إلا بشيء من الاستقراء.

فائدته:

هذا النوع من التخريج فائدته ظاهرة بالنسبة لمجتهد النوازل حيث إنه يتعرف على أحكام المسائل الجزئية المتنوعة التي سكت عنها الإمام لعدم وقوعها في زمنه أو أنه لم يسأل عنها ^(١)

طرق التخريج التي توصل لحكم النوازل:

أولاً: طريق القياس:

يعد من أهم الطرق التي يتوصل بها إلى معرفة الحكم الشرعي فيما لا نص فيه، فهو مظهر للحكم فيما لم يتناوله اللفظ لا مثبت له وبيان لعموم الحكم في الفرع وعدم اختصاصه بالأصل.

وأهم أنواع القياس التي ينبغي عناية المجتهد في التخريج بها:

- ١- ما قطع فيه بنفي الفارق:
على المجتهد عند إعماله للقياس التأكد من عدم وجود فرق وحصول التشابه التام بينهما رغم تعسر ادعاء ذلك عند التطبيق لكن عليه أن يبذل في ذلك جهده ليلحق إلحاقاً يتوخى فيه الصحة.
- ٢- ما نص على علته: قد يكون صريحاً أو إيماءً، ومن الصريح ما هو قاطع ومنه ما هو ظاهر، فعلى المجتهد تحري وجود وصف العلة التي نص عليها الإمام في قياسه.
- ٣- ما عرفت علته عن طريق الاستنباط: يبدو أكثر تعقيداً مما سبق في الأخذ به

(١) المرجع السابق ص (١٨٠) .

ثانياً: النقل والتخريج:

يقصد بها ما إذا نص الإمام في مسألة على حكم، ونص في غيرها من المسائل التي تشبهها على حكم آخر، يخالف حكمه في المسألة الأخرى، فهل يخرج له حكم آخر في كل مسألة بالقياس على المسألة المخالفة، فينقل جوابه في إحدهما إلى الأخرى، فيكون له في كل مسألة قولان: أحدهما بنصه والآخر بالتخريج عن طريق القياس.

ثالثاً: لازم مذهب الإمام:

فإذا لم يعرف للمجتهد قول في مسألة ولكن عرف له قول في نظيرها فإن لم يكن بين المسألتين فرق البتة فهل قوله في إحدى المسألتين قول له في الأخرى؟.

ضوابط التخريج التي يحتاجها الناظر في النوازل: ^(١)

١- أن لا يخرج الحكم على أقوال الأئمة مع وجود النص الشرعي من القرآن والسنة.

وهذا ضابط مهم في التخريج على نصوص المذهب فالناظر في النوازل قد يلجأ إلى تخريج تلك النوازل الجديدة على أصول وفروع أئمة المذهب، لعدم وجود أدلة شرعية واضحة الدلالة على أحكام النوازل فيعمل فيها القياس بأصل أو فرع عند إمام المذهب لكن لا يلجأ لذلك إلا بعد است فراغ وسعه في طلب الحكم من الكتاب أو السنة أو الإجماع إن وجد، وقد بين ذلك الدهلوي بقوله: "ومن كان من أهل التخريج ينبغي له أن يحصل من السنن ما يحرز به من مخالفة الصريح الصحيح ومن القول برأيه فيما فيه حديث أو أثر بقدر الطاقة . . ولا ينبغي أن يرد حديثاً أو أثراً تطابق عليه كلام القوم لقاعدة استخرجها هو وأصحابه" ^(٢).

٢- أن يكون للمخرج دراية كاملة بقواعد المذهب وفروعه.

فعليه أن تكون معرفته بها على وجه يغلب فيه الإحاطة والإلمام بفقه المذهب أصولاً وفروعاً حتى يستقيم تخريجه ويغلب على الظن تحقق الحكم الصحيح باجتهاده.

^(١) ينظر: منهج استنباط النوازل الفقهية المعاصرة ص (٤٩٣-٥٠١)، التخريج عند الفقهاء والأصوليين لباحسين

ص (١٨٢-٢٢٩) باختصار.

^(٢) ينظر: الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف ص (٦٢، ٦٣).

وبيّن القرافي^(١) -رحمه الله- وجه الإلزام بقوله: " لا يجوز لفت أن يخرج غير المنصوص على المنصوص إلا إذا كان شديد الاستحضار لقواعد مذهبه وقواعد الإجماع، وبقدر ضعفه في ذلك يتجه منعه من التخريج، بل لا يفتي حينئذ إلا بمنصوص إن كان له الاطلاع على منقولات مذهبه ما يقتضي تقييد هذا النص المطلق الذي أفتى به، ولا يخصص عمومه، فإن لم يكن له هذه الأهلية ولا هذا الاطلاع امتنع أن يفتي مطلقاً، حفظ نص المسألة أم لا لأن هذا النص الذي حفظه يحتمل أن يكون بقيد غير موجود في الفتيا وتحرم عليه الفتيا حينئذ"^(٢).

٣- أن يكون المخرج عالماً بأصول الفقه على وجه العموم وبالقياس على وجه الخصوص.

قال القرافي^(٣) -رحمه الله- مؤكداً على معرفة المخرج خصوصاً بقواعد الأصول والقياس: " فلا يجوز التخريج حينئذ إلا لمن هو عالم بتفاصيل أحوال الأقيسة والعلل ورُتّب المصالح وشروط القواعد . . وهذا لا يعرفه إلا من يعرف أصول الفقه معرفة حسنة"^(٤).

٤- أن يكون للمخرج ملكة الاقتدار على معرفة المآخذ وربط الفروع بأصول المذهب.

وهذا الضابط مهم في تجويز التخريج على أقوال المذهب، قال الآمدي^(٥) -رحمه الله-: " والمختار أنه إذا كان مجتهداً في المذهب بحيث يكون مطلعاً على مآخذ المجتهد المطلق الذي يقلده . . كان له الفتوى تمييزاً له عن العامي"^(٦).

ولا تتحقق له تلك الملكة إلا بممارسة ومران جيد، مع إدمان نظر في كتب أهل العلم المجتهدين .

٥- أن يكون ذا دراية بالعوارض الطارئة على الحكم والفوارق الفقهية بين الفروع.

لكي يصل المجتهد لحكم صحيح يجب أن يكون نظره سالماً من أي معارض يخرج به عن سلامة الحكم للنازلة، ولتتحقق سلامة الحكم من العوارض عليه التعرف على الفروق التي يمكن أن تكون بين النازلة والفرع المراد تخرجها عليه سواء كان باختلاف رتب الأحكام أو باختلاف درجة المقاصد الراجعة إليها. وقد قال ابن تيمية رحمه الله: " وشرط التخريج ألا يوجد بين المسألتين فارق"^(٧).

(١) سبق التعريف به، ص (٣٦) .

(٢) الأحكام في تمييز الفتاوى على الأحكام ص (٢٣٤) .

(٣) سبق التعريف به، ص (٣٦) .

(٤) الفروق (١٠٨/٢) .

(٥) سبق التعريف به، ص (٣٦) .

(٦) الأحكام في أصول الأحكام للآمدي (٢٤١/٤) .

(٧) المسودة ص (٥٤٨، ٥٢٥) .

وقد وضع القرافي^(١) - رحمه الله - طروء العوارض بقوله: " وكذلك إذا كان إمامه قد اعتبر مصلحة سالمة عن المعارض لقاعدة أخرى فوق له فرع فيه عين تلك المصلحة لكنها معارضة بقاعدة أخرى، أو بقواعد فيحرم عليه التخريج حينئذ لقيام الفارق " ثم يقول: " فإذا بذل جهده فيما يعرفه ووجد ما يجوز أن يعتبره إمامه فارقا أو مانعا أو شرطا وهو ليس في الحادثة التي يروم تخريجها حرم عليه التخريج، وإن لم يجد شيئا بعد بذل الجهد وتمام المعرفة جاز له التخريج "^(٢) .

٦- أن يكون التخريج على آراء أئمة المذهب من مصادره المعتبرة عند العلماء.

ومن هذه المصادر التي يحتاجها المخرج للنوازل خاصة لمعرفة آراء الأئمة، ما يلي:

أولاً: نص الإمام وما يجري مجراه. وهو يعرف بطريقتين:

١- مؤلفاتهم المنسوبة إليهم، والمروية عنهم بطريق صحيح، وهي أوثق الطرق للوصول لرأيه.

٢- نقل أصحابهم لآرائهم في المسائل المختلفة^(٣) أما بقية المصادر فهي مختلف في اعتبار

التخريج بها اختلافا واسعا بين الفقهاء والأصوليين.

ثانياً: مفهوم نص الإمام: أي يخرج على مفهوم كلامه في الدلالة اللفظية والوضعية أو الالتزامية أو غيرها.

ثالثاً: أفعال الأئمة: وهو ما يفعله الإمام في المذهب أو يتركه دون أن يرد عنه ما يفيد جوازه أو عدمه.

رابعاً: تقارير الإمام: وهو عدم إنكار المجتهد ما يفعل بحضرته، أو ما يصدر عن غيره من فتوى في وقائع معينة.

(١) سبق التعريف به، ص (٣٦) .

(٢) الفروق (١٠٨/٢) .

(٣) ينظر: شرح الكوكب المنير (٤٩٦/٤)، المسودة ص (٥٢٤) .

المطلب الرابع

بالرد إلى مقاصد الشريعة (١).

مقاصد الشريعة من أهم ما يعتد به المجتهد في اجتهاده "فمن مارس الشريعة وفهم مقاصد الكتاب والسنة علم أن جميع ما أمر به جلب مصلحة أو مصالح أو لدرء مفسدة أو مفسد أو للأمرين وأن جميع ما نهى عنه إنما نهى عنه لدفع مفسدة أو مفسد أو جلب مصلحة أو مصالح أو للأمرين والشريعة طائفة بذلك" (٢). وقد دل على هذا أيضا قول ابن القيم (٣) -رحمه الله-: "ولو كان هذا في القرآن والسنة في نحو مائة موضع أو مائتين لسقناها ولكنه يزيد عن ألف موضع بطرق متنوعة" (٤). فدل كلامه على أن مدار المقاصد الشرعية على جلب المصالح ودرء المفسدات، والشريعة كلها إنما كان مبنى أحكامها على ذلك.

وقد أكد العلائي (٥) -رحمه الله- هذا بقوله: "وهذه الأحكام منحصرة في جلب المصالح ودرء المفسدات لأن الشريعة كلها مبنية على ذلك، أما جلب المصالح: فإما أن يكون المقصود الأعظم من تحصيلها في الآخرة أو في الدنيا. . . النوع الثاني الذي يكون المقصود الأعظم من تحصيله في الدنيا هو المعاملات وهو على ضربين: الأول: أن تكون المنافع مقصودة فيه بالأصالة. الثاني: أن تكون مقصودة فيه بالتبعية" (٦).

"فالقرآن الكريم أتى بالتعريف بمصالح الدارين جلبا لها والتعريف بمفسداتهما دفعا لها. . . وإذا نظرنا في السنة وجدناها لا تزيد على تقرير هذه الأمور" (٧)، وقد ثبت أن الإجماع واستقراء نصوص الشريعة وأحكامها أيضا دلا على ذلك (٨).

(١) تعريفها: هي الغاية من الشريعة والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها. ينظر: مقاصد الشريعة ومكارمها ص (٧).

(٢) مختصر الفوائد في أحكام المقاصد للعز بن عبد السلام ص (٢٠٩).

(٣) تم التعريف به سابقا، ص (٤٤).

(٤) مفتاح دار السعادة ص (٤٠٨).

(٥) هو: خليل بن كيكلي بن عبد الله العلائي الدمشقي، تعلم في دمشق، ودرّس في الصلاحية، من كتبه: "المجموع المذهب في قواعد المذهب" و "حكم اختلاف المجتهدين" توفي عام ٦٩٤ هـ. ينظر: الأعلام (٣٢٢/٢).

(٦) المجموع المذهب (١٤/١، ١٥)، ينظر: شرح المنهاج (٦٨٢/٢).

(٧) الموافقات (٣٤٦/٤).

(٨) ينظر: الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (٥٤/٣)، الموافقات (٣٢/٢).

إلا أن المصالح قد تنوعت إلى أنواع ثلاثة:

١- المصالح المعتبرة في الشرع.

٢- المصالح الملغاة من الشرع.

٣- المصالح المرسلّة: وهي المصالح التي لم يشهد الشرع لاعتبارها ولا لإلغائها بدليل خاص لكنها لا تخلو عن دليل عام كلي يدل عليها، وتطلق على الاستصلاح والمناسب المرسل^(١).

ويدل على اعتبار المصلحة المرسلّة شرعاً أن " الصحابة رضوان الله عليهم عملوا أموراً مطلق المصلحة لا لتقدم شاهد بالاعتبار نحو: كتابة المصحف، ولم يتقدم فيه أمر ولا نظير، وكذلك ترك الخلافة شورى"^(٢).

والواقع يشهد بضرورة إعمالها "فإن الوقائع تحدث، والحوادث تتجدد، والبيئات تتغير، والضرورات والحاجات تطرأ، وقد تطرأ للأمة اللاحقة طوارئ لم تطرأ للأمة السابقة، وقد تستوجب البيئة مراعاة مصالح ما لم تكن تستوجبها البيئة من قبل، وقد يؤدي تغير أخلاق الناس وذمهم وأحوالهم إلى أن يصير مفسدة ما كان مصلحة، فلو لم يفتح للمجتهدين باب التشريع بالاستصلاح لضاقت الشريعة الإسلامية عن مصالح العباد وقصرت عن حاجاتهم ولم تصلح لمسايرة الأزمنة والأمكنة والبيئات والأحوال مع أنها الشريعة العامة لكافة الناس وخاتمة الشرائع السماوية"^(٣).

وقد استنبطت هذه المصالح المرسلّة وتم إعمالها من خلال النظر في النصوص العامة والقواعد الكلية للشريعة حتى يمكن من خلالها معالجة الحوادث والمستجدات التي لا تحتويها نصوص خاصة بها.

وفيما يلي نعرض ما ينبغي لمجتهد النوازل أن يتنبه إليه من أمور تمكنه من الوصول لحكم الله من خلال مقاصد الشريعة التي هي أصل عظيم في هذا الباب تحتاج إلى إحسان فهم وضبط:

(١) ينظر: شرح قواعد الأصول ص (٣٥١، ٣٥٣)، لباب المحصول (٤٥٣/٢)، شرح الكوكب المنير (٤٣٣/٤).

(٢) شرح تنقيح الفصول ص (٣٥١)، والمصلحة المرسلّة من الأدلة المختلف فيها لكن قد بين القرافي أن منكرها قد عملوا بها عند التحقيق في فقههم فقال: "وأما المصلحة المرسلّة فغيرنا بصرح بإنكارها ولكنهم عند التفرع بنجدهم يعللون بمطلق المصلحة ولا يطالبون أنفسهم عند الفروق والجوامع بإبداء الشاهد لها بالاعتبار بل يعتمدون على مجرد المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلّة. ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٣٥٣).

(٣) مقولة عبد الوهاب خلاف في كتابه مصادر التشريع فيما لا نص فيه ص (٩٠، ٩١).

١- قرر ابن عاشور: " إن تصرف المجتهدين بفقههم في الشريعة يقع على خمسة أنحاء:

النحو الأول: فهم أقوالها واستفادة مدلولات تلك الأقوال بحسب الاستعمال اللغوي وبحسب النقل الشرعي بالقواعد اللفظية التي بها عمل الاستدلال الفقهي وقد تكفل بمعظمه علم أصول الفقه.

النحو الثاني: البحث عما يعارض الأدلة التي لاحت للمجتهد والتي استكمل أعمال نظره في استفادة مدلولاتها ليستيقن أن تلك الأدلة سالمة مما يبطل دلالتها ويقضي عليها بالإلغاء والتنقيح، فإذا استيقن أن الدليل سالم عن المعارض أعمله وإذا ألقى له معارضا نظر في كيفية العمل بالدليلين معا أو رجحان أحدهما على الآخر.

النحو الثالث: قياس ما لم يرد حكمه من أقوال الشارع على حكم ما ورد حكمه فيه بعد أن يعرف علل التشريعات الثابتة بطريق من طرق مسالك العلة البينة في أصول الفقه.

النحو الرابع: إعطاء حكم لفعل أو حادث حدث للناس لا يعرف حكمه فيما لاح للمجتهدين من أدلة الشريعة ولا له نظير يقاس عليه.

النحو الخامس: تلقي بعض أحكام الشريعة الثابتة عنده تلقي من لم يعرف علل أحكامها ولا حكمة الشريعة في تشريعها فهو يتهم نفسه بالقصور عن إدراك حكمة الشارع منها ويستضعف علمه في جنب سعة الشريعة فيسمى هذا النوع بالتعبدية. فالفقيه بحاجة إلى معرفة مقاصد الشريعة في هذه الأنحاء كلها أما النحو الرابع فاحتياجه فيه ظاهر وهو الكفيل بدوام أحكام الشريعة الإسلامية للعصور والأجيال التي أتت بعد عصر الشارع والتي تأتي إلى انقضاء الدنيا^(١).

فكلامه يدل على أنه على المجتهد "أن يحدد المقصد الشرعي في حكم كل مسألة على حدة ليتمكن من تبين صحة أو دقة اندراجها في المقاصد العامة للتشريع التي اتجهت جملة التكاليف إلى تحقيقها"^(٢).

ويدل على هذا المعنى قول الشاطبي^(٣) -رحمه الله-: "إذا بلغ الإنسان مبلغا فهم عن الشارع فيه قصده في كل مسألة من مسائل الشريعة وفي كل باب من أبوابها فقد حصل له وصف هو السبب في تزيله منزلة الخليفة للنبي صلى الله عليه وسلم في التعليم والفتيا والحكم بما أراه الله"^(٤).

(١) مقاصد الشريعة الإسلامية ص (١٨٤) .

(٢) حاشية الموافقات لعبد الله دراز (٢٤/٣) .

(٣) سبق التعريف به ، ص (١٠١) .

(٤) الموافقات (٤٣/٥) .

٢- إن المقاصد الشرعية والتي إليها ترد المسائل الحادثة هي بطبيعتها معان قصدت من تشريع الشارع للأحكام، فلكي يتم للمجتهد نصيبه من الاحتياط فيها عليه مراعاة توفر الأوصاف التالية:

أولاً: أن تكون وصفا ثابتا، أي معانيها مجزوم بتحققها أو مظنون ظنا قريبا من الجزم.

ثانياً: أن تكون ظاهرة، بحيث لا يختلف الفقهاء في تشخيص معناها ولا يلتبس عليهم بمشابهة.

ثالثاً: أن تكون منضبطة، أي لها حد معتبر لا تتجاوزه ولا تقصر عنه .

رابعاً: أن تكون مطردة، أي لا يكون المعنى فيها مختلفا باختلاف الأحوال والأماكن والأزمان.

(١)

قال ابن عاشور-رحمه الله:- " فعلى الباحث في مقاصد الشريعة أن يطيل التأمل ويجيد التثبت في إثبات مقصد شرعي، وإياه والتساهل والتسرع في ذلك، لأن تعيين مقصد شرعي كلي أو جزئي تتفرع عنه أدلة وأحكام كثيرة الاستنباط ففي الخطأ فيه خطر عظيم، فعليه أن لا يعين مقصدا شرعيا إلا بعد استقراء تصرفات الشريعة في النوع الذي يريد انتزاع المقصد الشرعي منه وبعد اقتفاء آثار أئمة الفقه ليستضيء بأفهامهم وما حصل لهم من ممارسة قواعد الشرع فإن هو فعل ذلك اكتسب قوة استنباط يفهم بها مقصود الشارع" (٢)

٣- لكي يحذر المجتهد في المصالح المرسلة التي لا نص فيها وباب الاجتهاد فيها مفتوح من مداخله الهوى والتشهي في الرأي أو وقوع الخطأ والزلل، والخطأ فيها عظيم أثره في واقع حياة الناس، فقد وُضِعَتْ لها شروطا تعتبر بها:

أولاً: أن تكون ملائمة لمقصود الشارع وما تفرع عنه من قواعد كلية استقرت من النصوص.

ثانياً: ألا تصادم نصا خاصا.

ثالثاً: أن تكون معقولة المعنى في ذاتها، بحيث تجري على المناسبة التي لو عرضت على أهل

العقول السليمة تلققتها بالقبول، فلا يكون العمل بها في أحكام العبادات والمقدرات وإنما

في ما يتصل بمعاملة الناس بعضهم بعضا، وفي العادات والسياسات الشرعية (٣)

(١) مقاصد الشريعة لابن عاشور ص (٢٥١-٢٥٣) .

(٢) المرجع السابق .

(٣) ينظر: أثر الأدلة المختلف فيها ص (٣٦، ٣٧) ، الموافقات (٢ / ٣٠٠) .

رابعا: أن يكون الذي يفرع الأحكام عليها مجتهدا توفرت فيه شروط الاجتهاد ^(١).

وليتنبه لما اختلط على عامة الناس اليوم من أنه ليس مرد المصلحة إلى تقدير الناس فيما يكون به الصلاح والفساد ورفع الحرج، إنما هو عائد إلى الشريعة نفسها وقد بيّنت ذلك في أسس عامة وأجمَلته في خمسة مقاصد مرتبة فيما بينها الأول حفظ الدين ثم حفظ النفس ثم حفظ العقل ثم حفظ النسل ثم حفظ المال. وبناء عليه فإن كل ما توهمه الناس مصلحة مما يخالف تلك الأسس العامة في جوهرها أو الترتيب فيما بينها أو يخالف دليلا من الأدلة الشرعية من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس صحيح ليس من المصلحة في شيء وإن توهمه متوهم، أما نتائج خبرات الناس وتجاربهم فيجب عرضها على نصوص الشريعة وأحكامها الثابتة فما وافقها أخذ به والحكم في ذلك للنصوص الشرعية ومقاصد الشريعة وما خالف ذلك فيجب طرحه وإهماله واعتباره مصلحة ملغاة. واستحسان العقل المجرد ليس له مجال في الأحكام ولا يؤدي إلى المصالح الشرعية الحقيقية ^(٢).

يقول الشاطبي ^(٣) - رحمه الله -: "الأدلة العقلية إذا استعملت في هذا العلم فإنما تستعمل مركبة على الأدلة السمعية أو معينة في طريقها أو محققة لمناطقها أو ما أشبه ذلك لا مستقلة بالدلالة لأن النظر فيها نظر في أمر شرعي والعقل ليس بشارع" ^(٤).

٤- لما علم أن المقاصد الشرعية تشتمل على جانب جلب المصلحة وجانب دفع المفسدة، وأن الحوادث والنوازل تتفاوت في ترتب المصلحة أو المفسدة عليها، كان على المجتهد الحرص على معرفة مقدار ذلك في النازلة التي يريد بناء الحكم عليها، وقد فصل ذلك الرازي ^(٥) - رحمه الله - في قوله: "كل حكم يفرض إما أن يستلزم مصلحة خالية عن المفسدة أو مفسدة خالية عن المصلحة أو يكون خاليا عن المصلحة والمفسدة بالكلية أو يكون مشتملا عليهما معا وهذا على ثلاثة أقسام: لأفهما إما أن يكونا متعادلين وإما أن تكون المصلحة راجحة وإما أن تكون المفسدة راجحة فهذه أقسام ستة:

أحدها: أن يستلزم مصلحة خالية عن المفسدة وهذا لا بد وأن يكون مشروعاً، لأن المقصود من الشرائع رعاية المصلحة.

ثانيها: أن يستلزم مصلحة راجحة وهذا أيضا لا بد وأن يكون مشروعاً، لأن ترك الخير الكثير لأجل الشر القليل شر كثير.

^(١) ينظر: شرح تنقيح الفصول ص (٤٤٦)، مفتاح الوصول ص (١٥٠)، الموافقات (٣٠٦/٢)، الاعتصام (١٢٩/٢، ١٣٣، ١٣٤)، المصالح المرسلة وأثرها في مرونة الفقه الإسلامي ص (٢٠١، ٢٠٢).

^(٢) ينظر: رفع الحرج لابن حميد ص (٣٦٩، ٣٧١، ٣٧٢) بتصرف يسير.

^(٣) سبق التعريف به، ص (٣٥).

^(٤) الموافقات (٨٣/٣).

^(٥) سبق التعريف به، ص (١٠١).

ثالثها: أن يستوي الأمران، فهذا يكون عبثا فوجب أن لا يشرع.

رابعها: أن يخلو عن الأمرين وهذا أيضا يكون عبثا: فوجب أن لا يكون مشروعاً.

خامسها: أن يكون مفسدة خالصة، ولا شك أنها لا تكون مشروعة.

سادسها: أن يكون ما فيه المفسدة راجح على ما فيه المصلحة وهو أيضا غير مشروع ؛ لأن المفسدة الراجحة واجبة الدفع بالضرورة.

وهذه الأحكام المذكورة في هذه الأقسام الستة هي المقصودة من وضع الشرائع، والكتاب والسنة دالان على أن الأمر كذلك، تارة بحسب التصريح، وأخرى بحسب الأحكام المشروعة على وفق هذا الذي ذكرناه.

وغاية ما في الباب: أننا نجد واقعة داخلية تحت قسم من هذه الأقسام ولا يوجد لها في الشرع ما يشهد لها بحسب جنسها القريب، لكن لا بد وأن يشهد الشرع بحسب جنسها البعيد على كونه خالص المصلحة أو المفسدة أو غالب المصلحة أو المفسدة " (١).

ويمكن للناظر في النوازل عند الاستدلال بالمصلحة أن يعرض النازلة على تلك الأقسام الستة الضرورية عقلاً فإذا جاءت النازلة ضمن ما شهد له العقل بأن فيها مصلحة خالصة أو غالبية التمس فيها علة الحكم بالنظر في كونها وصفا ظاهرا منضبطا يؤدي إلى نفع هو مقصود الشرع . . فتكون النازلة قد تم إدراجها من خلال عللها ومقاصدها القريبة من خلال المناسب والمؤثر والملائم أو من خلال مقاصدها العالية والحمل على كليات الشريعة واعتبار الضروريات الخمس من خلال المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة (٢).

(١) الحصول (٥٨٠/٢ ، ٥٨١) .

(٢) مقاصد الشريعة الإسلامية لابن عاشور ص (١٠٨) .

الفصل الرابع

أحكام بعض العقود المستجدة وتطبيقاتها الأصولية

ويشتمل على خمسة مباحث:

المبحث الأول : الخلوات

المبحث الثاني : الإجارة المنتهية بالتملك

المبحث الثالث : المشاركة المتناقصة

المبحث الرابع : مرابحة الأمر بالشراء

المبحث الخامس : التأمين

المبحث الأول الخلوات

ملهيد

مما برز نتيجة تطور الحياة المدنية والاقتصادية والثقافة القانونية في هذا العصر ، الحرص على القيمة المالية للأموال المعنوية ، حفظاً للجهد ، ورعاية للقدرات والمهارات والابتكارات ، ومنعاً للعبث واستغلال جهود الآخرين .

وقد تناول الفقهاء المعاصرون موضوع الحقوق المعنوية ، بأنواعه المختلفة والتي منها : حق التأليف ، وحق الاختراع ، وحق الاسم التجاري والعلامة التجارية ، وحق الخلو ، واعتنوا ببيان أصوله في شريعتنا الغراء ، ودرسوا أحكامه التي ترتبت عليه ، وتناولوه بالبيان .

ومحل الدراسة في هذا المبحث عن حق الخلو ، وقد تعارف الناس على إطلاق (الخلو) على المبلغ النقدي سوى الأجرة الذي قد يأخذه مالك العقار من مستأجره لتمكينه من استئجار العقار ، أو قد يأخذه المستأجر من المالك إذا رغب المالك لسبب ما في إخلاء العقار من المستأجر ، أو قد يأخذه المستأجر من مستأجر آخر يحل محله في شغل العقار.

أما ما اصطلاح عليه الفقهاء والقانونيين فهو إطلاق (الخلو) على المنفعة نفسها، و(بدل الخلو) على المقابل النقدي لهذه المنفعة^(١).

وللخلو في اصطلاح الفقهاء معان ، منها:

المعنى الأول: هو المنفعة التي يملكها المستأجر لعقار الوقف مقابل مال يدفعه للواقف أو الناظر إذا لم يوجد ما يعمر به الوقف على أن يكون له نسبة معلومة من منفعة الوقف ، وتدفع الأجرة لحظ المستحقين عن الجزء الباقي من المنفعة^(٢).

^(١) ينظر: بحث بدل الخلو محمد سليمان الأشقر مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدد العدد ٤، (١٨١/٣) ، موسوعة الفقه الإسلامي وأدلته (٧٥٢/٤) ، المعاملات المالية المعاصرة محمد شبير ، ص (٧٥) ، معجم لغة الفقهاء لقلعجي ص (٢٠٠) ، بحث بدل الخلو وهبة الزحيلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد ٤ ، (٢١٧٣/٣) .
^(٢) ينظر: الموسوعة الفقهية (٢٧٦/١٩) ، التنبيه بالحسن في منفعة الخلو والسكنى للغرقاوي ، ص (٣٦) .

حكمه عند الفقهاء:

أفتى بعض متأخرو المالكية بجواز الخلو ، ومشروعية تملك المستأجر له ملكا تاما ، والتصرف فيه (١).

اعترض على رأي المالكية :

أن صورة الخلو هنا تعتبر من السلف الذي جر نفعاً ، على اعتبار أن المستأجر أسلف الواقف ما يتم به إعمار الوقف أو صيانته في مقابل السكنى ، وهذا عرف فاسد لا يعول عليه ، وما بني على فاسد فهو فاسد.

يجاب عنه: أنه بيع لا سلف ، على اعتبار أن الواقف باع المستأجر حصة من الوقف بما دفعه له ، فالدراهم المدفوعة في مقابلة الحصة المملوكة وهي المنفعة ، وحينئذ لا يكون العرف فاسدا وإنما هو صحيح ، يعمل به عند فقهاء المالكية وغيرهم.

المعنى الثاني: تأييد الإجارة للمستأجر مقابل مبلغ يدفعه للواقف أو المالك ، فلا يملك بعد ذلك إخراجه ولا إجارتها لغيره ما دام يدفع الإيجار المتفق عليه (٢).

حكمه عند الفقهاء :

اختلف فيه على قولين:

القول الأول:

جواز هذا النوع من الخلو ، وقد قال به متأخروا المالكية ، وبعض الحنفية (٣).

أدلتهم:

١-العرف : فقد اتخذ الناس لهذا النوع من الخلو عرفا لهم عملوا عليه زمانا ، وأخذ به أهل العلم والدين والقضاة.

٢-القياس على بيع الوفاء ، ووجه الشبه بينهما: أن كلا من المشتري والمستأجر ينتفع بالسكنى مقابل ما دفعه من مال قبل أن يرجع إليه. (٤)

(١) نقلا عن بحث حكم الخلو في الفقه الإسلامي لعبد الله محمد عبدالله مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجمدة العدد

الثالث ، (١٧٦/٢) ، ينظر : منح الجليل لعليش (٤٨٨/٣) ، الزرقاني على مختصر الخليل (١٢٧/٦) ،

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٦/٦) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٠٤) .

(٣) ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٠٤) ، حاشية ابن عابدين (١٢١/٤) .

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٢١/٤) .

يجاب عنه: لا يسلم ، لأنه لا يصبح شرعا لأنه قرض جر نفعا فهو ربا ، فقد انتفع الدائن بالرهن الذي يحجزه حتى سداد الدين^(١)

٣-إتباعا للضرورة ، ورعاية للمصلحة العامة ، وتخرج على قاعدة : (إذا ضاق الأمر اتسع) ، و(المشقة تجلب التيسير) وهي تجري فيما ليس فيه نص صريح.

القول الثاني: عدم جواز الخلو^(٢).

أدلتهم:

- ١- لا يوجد فيها نص في الشرع ولا قول لإمام تخرج عليه:
- ٢- يترتب على القول بصحة الخلو مفسد كثيرة منها:
أ-أن صاحب العين المؤجرة أو الناظر لا يمكنه إخراج المستأجر من ملكه بعد نهاية مدة الإجارة مما يلزم منه الحجر على الإنسان في ملكه.
- يجاب عنه: لا يصح لأن المالك قبل بهذا منذ بداية العقد ، وصدر عنه التصرف^(٣).
- ب-أن المستأجر قد لا يدفع أجرة المثل في العين التي يستأجرها بالخلو ، وهذا يضر بمصالح الوقف أو الأعيان المؤجرة^(٤).
- ويشترط لجواز الخلو هنا أن تتحقق منه مصلحة للعين المؤجرة ، وأن يكون آخذ الخلو قد ملك المنفعة بعقد إيجار أو غيره ، وأن تكون الأجرة معقولة قريبة من أجرة المثل^(٥).

(١) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (٨٥) .

(٢) قال به: الشرنبلالي الحنفي والحموي وابن عابدين والشيخ ميارة المالكي والشيخ عبد الواحد بن عاشر ، ينظر: مفيدة الحسني في دفع ظن الخلو بالسكنى للحسن بن عمار الشرنبلالي ص (٧٧) ، غمز البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لأحمد بن محمد الحموي (٣١٨/١) ، نقلا عن: المعاملات المالية المعاصرة ، ص (٨٥) .

(٣) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (٨٥) .

(٤) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٢٣-٥٢١/٤) ، المعاملات المالية المعاصرة ص (٨٥) .

(٥) ينظر: حاشية ابن عابدين (٥٢٣/٤) .

صورها: للخلو في هذا العصر عدة صور ، ولكل صورة عدة أسباب نشأ الخلو بسببها ، وحكم الخلو إجمالاً في كل صورة يبنى على هذه الأسباب ، وهذه الصور كما يلي:

الصورة الأولى: أخذ المالك بدل الخلو من المستأجر:

أن يأخذ المالك من المستأجر مبلغاً من المال بالإضافة إلى الأجرة السنوية أو الشهرية ، وذلك غالباً على القطاع التجاري أو الصناعي لكنه في بعض الدول بدأ يطبق في إجارة عقارات معدة للسكن الخاص^(١)

من أسباب الخلو في هذه الصورة:

أولاً: شهرة المحل التجاري أو موقعه المميز المرغوب .

التكييف الفقهي له: داخل في حقوق الابتكار من حيث ما يناله المحل من شهرة مع الجهود المبذولة لذلك ، فيصبح للمحل التجاري عنواناً خاصاً به ، يعرف به ، أو من حيث الوصف الذي يتمتع به المحل التجاري من حيث مكانه وموقعه.

حكمه: لحق الابتكار قيمة مالية معتبرة ، أقرها العرف المعاصر فأصبحت حقوقاً خاصة يتمول بها ، ولا يجوز الاعتداء عليها ، وهي معتبرة شرعاً ، ويجوز التصرف فيها ونقل أي منها بعوض مالي إذا انتفى الغرر والتدليس والغش^(٢) .

ثانياً: حاجة المالك لبذل الخلو لتعمير أرضه أو إكمال ما شرع في بنائه فيتفق الطرفان على بدل الخلو مقابل محل معين منها مثلاً ، تكون في الغالب أقل من أجرة المثل ، وصورته في هذا العصر : أن شخصاً بنى العمارة ولم يكملها فعرض البنك على المالك أن يكملها ويستأجرها لمدة معينة بنصف قيمة الأجرة الحالية ، وغالباً يتفق الطرفان فيها على مدة طويلة.

تكييفه الفقهي: على أنه بيع جزء من المنفعة مجرداً^(٣) .

حكمها: جواز الخلو في الصورتين المذكورتين بشروط^(٤) :

١- أن تعرف نسبة كل من الطرفين من المنفعة.

٢- أن تكون المدة التي يستحق فيها المستأجر منفعة الخلو محدودة ، ولا تكون مؤبدة ،

٣- أن يجري تسجيل الخلو لدى إدارة التسجيل العقاري في صفحة العقار نفسها.

^(١) ينظر: بحث بدل الخلو لوهبة الزحيلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدد عدد ٤ ، (٢٢٨٤/٣) ، بحث بدل

الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي بجدد عدد ٤ ، (٢١٧٩ - ٢١٩٥) .

^(٢) ينظر : المعاملات المالية المعاصرة محمد شبير ص (٧٤) .

^(٣) ينظر: بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي بجدد ، عدد ٤ ، (٢١٧٩ - ٢١٩٥)

^(٤) ذكرها الشيخ سليمان الأشقر ، ينظر: المرجع السابق .

٤-ينتقل الخلو إلى الوارث ، ويجوز بيعه والإيصاء به ، وجميع أنواع التصرفات الجائزة ، ويشترط في البيع ونحوه إذن المالك .

٥- المالك أولى بالشفعة في الخلو توحيدا للملك قدر المستطاع ^(١) .

٦-أجرة يدفعها المستأجر للمالك عن الجزء الذي يخص المالك من منفعة العقار ويسمى الحكر ، تكون مساوية لأجر المثل فينبغي تعديلها باستمرار بسؤال أهل الخبرة في ذلك ^(٢) .

فمن أجاز قال: "يعتبر الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير ، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه وهو يورث عنه" ^(٣) .

وقد يقال: أجز هذا النوع في الوقف دون غيره فلا يصح في العقارات المملوكة. ^(٤)

يجاب عنه: أنه نشأ في الوقف ثم انتقل للأملاك الخاصة بل هي أولى لأن المالك يفعل في ملكه ما يشاء ^(٥) .

ثالثا: بسبب وجود قوانين وضعية تعطي المستأجر حق البقاء في العين المؤجرة مع تجميد الأجرة ، أو تحد من حق المالك في تأجير عقاره بأجر المثل. فيحتال أصحاب العقار لتغطية تكلفة قسم من التكلفة عن طريق بدل الخلو.

فهذه الحالة لها جانبان:

الجانب الأول: تأييد الإجارة بسبب أخذ بدل الخلو ، فيمتلك المستأجر نصف المنفعة فهي ملك لمشتريها مشاع (ولا تصح إجارة الخلو لكن يصح بيعه وهبته وسداد دينه منه) ^(٦) .

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٨/٤) .

(٢) ينظر: بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ٤ ، (٣ / ٢١٧٩-٢١٩٥) .

(٣) شرح العدوي على الخرشي (٧٩/٧) (نقلا عن: المعاملات المالية المعاصرة ص (٩٢))

(٤) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (٩٢) ، بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة العدد الرابع ، (٣ / ٢١٧٩-٢١٩٥) .

(٥) فتح العلي المالك (٢٥٢/٢) ، فتاوى عليش (٢٥٢/٢) ، مطالب أولي النهى (٣٧٠/٤) (نقلا عن: المعاملات المالية المعاصرة ص ٩٢)

(٦) أفق به متأخروا المالكية أولهم ناصر الدين اللقاني والشيخ عليش والزرقاني ، وبعض متأخري الحنفية أجازوها رغم أن الأصل عندهم أن المنفعة لا تباع منفردة لأنها حق مجرد ، وأجازها بعض الحنابلة ينظر: بدل الخلو لمحمد الأشقر مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ٤ ، (٣ / ٢١٨٦) .

والتكليف الشرعي لها:

يعتبر العوض جعالة وليس إجارة فيجوز له أخذه ولا يحتسبه من الإجارة^(١) ، وقيل: لا يحل إلا إذا احتسب من الأجرة فيكون البدل الخلو مقدم الأجرة ، والأجرة الشهرية أو السنوية مؤخر الأجرة

يعترض عليه: أنه يرد عليه إشكالات كثيرة إذا ما فسخ المستأجر عقد الإجارة بعد سنة أو سنتين فهل يرجع على المالك ببدل الخلو أم لا؟ ولأن المستأجر يمكن أن يستوفي ما دفعه من خلو ببيعه لغيره إذا فسخ العقد.^(٢)

الجانب الثاني: تحميد الأجرة أو ما يسمى بتسعير الأجرة ، فلا يجوز ذلك بأقل من أجرة المثل ، فإذا زادت أجرة المثل ينبغي أن تزيد أجرة العقار ، ويجب تقويم الأجرة باستمرار لتلحق بأجرة المثل.

حكمه: "لا يؤثر في جواز أخذ الخلو فهو ظلم وقع على المالك من القانون فلا يرفع هذا الظلم بمنع بدل الخلو وإنما بتعديل القانون"^(٣).

الصورة الثانية: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من المالك:

أن يأخذ المستأجر من المالك مبلغا من المال لفسخ عقد الإيجار ضمن مدة العقد وإعادة المستأجر إلى ماله^(٤).

من أسباب الخلو في هذه الصورة:

أولا: شهرة المحل التجاري أو موقعه المميز المرغوب .

التكليف الفقهي له: داخل في حقوق الابتكار ، وقد سبق بيان حكمه كما في الصورة الأولى.

ثانيا: استحقاق المستأجر للخلو حيث يكون قد دفع مبلغا للمالك ليحصل على حق الاستقرار ، أو يكون قد اشترى جزءا من المنفعة.

(١) بدل الخلو لمحمد الأشقر مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد عدد ٤ ، (٢١٨٦/٣) .

(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (٩٣) ، بدل الخلو لمحمد الأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٤ (٢١٨٦/٣) .

(٣) بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٤ ، (٢١٩٥-٢١٧٩ / ٣) .

(٤) بحث الخلو لوهبة الزحيلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٤ (٢٢٨٤/٣) .

حكمه: يجوز أخذ البدل الخلو من المالك ؛ لأنه أصبح حقا من حقوق المستأجر التي تجوز المعاوضة عنها كما بيّنا في فتوى اللقاني وغيره ، وسواء أكان ذلك بمثل الخلو الذي دفعه المستأجر أم أقل أم أكثر ^(١) لأن الخلو يخضع للعرض والطلب.

ثالثا: أن يكون المستأجر لا يزال في مدة التعاقد الأصلية والمالك يريد الإفراغ ، ويرفض المستأجر الفسخ إلا بمقابل مادي زائد عن الأجرة .

التكييف الفقهي لها:

اختلف في تكييفها :

١- على أنها إقالة:

وقد اختلف الفقهاء في أخذ المال مقابل فسخ العقد على قولين:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جواز أخذ المال مقابل فسخ عقد الإجارة ؛ لأنها إقالة ، وعقود المعاوضات لا تجوز إلا بنفس العوض الذي تم التعاقد عليه ؛ ولأن الإقالة فسخ وليس بيعا.

القول الثاني: ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية إلى جواز أخذ العوض ؛ لأن الإقالة بيع جديد ^(٢). اعترض عليه: " من شروط الإقالة أن لا يدخل على محل العقد زيادة أو نقصان ، فإن دخل عليه زيادة أو نقصان كان بيعا من البيوع ، وأخذت حكم البيع وقيمة المنفعة قد تزيد وقد تنقص ، فإن زادت أو نقصت كانت بيعا ، وبالتالي يجوز أخذ بدل الخلو من المالك عن المدة الباقية مقابل فسخ العقد قبل انتهاء المدة زيادة عن الأجرة إذا زادت قيمة المنفعة" ^(٣).
٢- على أنها بيع منفعة ، فالبديل فيها في الحقيقة ثمن بيع باقي المدة المتفق عليها ، فيحق للمستأجر أخذ زيادة عن باقي الأجرة.

من قال بهذا التكييف:

لا حرج في ذلك ، فهي كما لو اشترى من آخر رؤوساً من الغنم فاستهلك أربعة منها ، وأراد البائع أن يستعيد الرأس الخامس بالشراء فلصاحبه أن لا يبيعه إلا بأضعاف ثمنه الذي كان قد اشترى به ^(٤) .

^(١) بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد عدد ٤ ، (٢١٨٧/٣) .

^(٢) ينظر: بدائع الصنائع (٣٤٠/٧) ، الشرح الصغير (٨٤/٢) ، الأم (٦٧/٣) ، المغني (١٢٥/٤) .

^(٣) المعاملات المالية المعاصرة ص (٩٥) .

^(٤) ينظر: بحث بدل الخلو لسليمان الأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٤ (٢١٨٧/٣ ، ٢١٨٨) .

رابعاً: أن يكون المستأجر قد استفاد حق القرار في العين المؤجرة بوضع قانوني صرف لم ينشأ باتفاق المتعاقدين ، ولم تأت به الشريعة كما هو الحال في القانون الوضعي الذي يعطي المستأجر حق البقاء الدائم في العين المؤجرة ، وبالأجرة نفسها التي انعقد عليها العقد أو كأن يصدر قانون يقضي بأن البيت لساكنه، وهذه لا يوجد لها نظير في صور الخلو لدى الفقهاء السابقين.

حكمه:

غير مشروع فيه أخذ البدل ، لأن القانون الملزم بذلك قانون غير مشروع شرعاً في حال السعة ، أما في حال الاضطراب فيجوز بأخذ المثل ولا يجوز بأقل منه. لأنه لو كان المالك بعد انتهاء المدة التعاقدية ، أن يخلي المكان من المستأجر ويؤجره لغيره بكامل حريته ، وهو الوضع الذي كفله الشرع ما كان على المالك أن يدفع شيئاً أصلاً^(١)

الصورة الثالثة: أن يأخذ المستأجر بدل الخلو من مستأجر لاحق:

أن يأخذ المستأجر من مستأجر آخر مبلغاً من المال مقابل إخلائه العين المؤجرة وفي هذه الصورة يقوم المستأجر الأصلي بدور المؤجر بالنسبة للعين المؤجرة ، ويتنازل عن إيجارها للشخص الآخر مقابل مبلغ معين من المال بحسب الاتفاق. وترجع أسبابها ، وحكمها إلى نفس أسباب الصورة الثانية وأحكامها^(٢).

(١) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (٩٦) ، بحث بدل الخلو للأشقر ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة ، عدد ٤

(٢١٨٨ ، ٢١٨٧/٣) .

(٢) ينظر: فتح العلي المالك (٢٥٠/٢) ، (نقلاً عن المعاملات المالية المعاصرة ص ٩٧)

القواعد الأصولية المطبقة على الخلوات:

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء والمعاملات.

القائلون بتحريم تأييد الإجارة بأخذ بدل الخلو ، استدلوا بعدم وجود نص يقول بجوازها ، فكأنهم أخذوا بأن الأصل التحريم مع أنهم لا يقولون به ، وعلى هذا فعلى المخالفين أن يعترضوا بأن الأصل في المعاملات الإباحة إلا إذا وجد محذور شرعي يمنع الإباحة.

القاعدة الثانية: الحاجة تترل منزلة الضرورة.

القائلين بتأييد الإجارة اعتبروا أن حاجة الناس لمثل هذا النوع من الخلو مما جعلهم يتعارفون عليه ، مما يثبت عموم الحاجة عندهم لمثل هذا النوع من العقد ، وهذا دليل على أنها تعامل معاملة الضرورة بناء على عموم هذه الحاجة.

والدول التي تجعل للمستأجر حق البقاء في العين المؤجرة مع تجميد الأجرة بوضع القانون ، فيقع الظلم على المالك فيضطر لأخذ بدل الخلو من المستأجر ضماناً لشيء من حقه ، فهذه حاجة للمالك نزلت منزلة الضرورة فأبيح فيها أخذ بدل الخلو حتى عند من يقول بتحريم أخذه.

القاعدة الثالثة: درء المفسد مقدم على جلب المصالح.

القائلين بتحريم أخذ بدل الخلو على تأييد الإجارة ، بينوا المفسد الحاصلة على المؤجر من هذا التأييد ، وكون درئها مقدماً على جلب المصلحة الحاصلة للمنتفع بالمؤجر.

القاعدة الرابعة: دليل العرف.

العرف دليل من الأدلة المختلف في اعتبارها ، وقد عول عليه المستدلون بجواز تأييد الإجارة بناء على أنه عرف انتشر عندهم بغير نكير من العلماء والقضاة ، إلا أن المعارضين اعترضوا بفساد العرف بناء على أنه من شروط اعتبار العرف عدم مخالفته لنص شرعي أو قاعدة كلية ، واعتبروه فاسداً بناء على كونه يخالف مقتضى العقد في عقد (الإجارة) .

المبحث الثاني
الإجارة المنتهية بالتملك

ملهيد

حاجات الناس المتسارعة المتجددة ، وحرصهم على فرص تمويلية متنوعة ، ساعد على ظهور التركيب في العقود ، ذاك التركيب كان سببا في تفاوت الآراء وتباينها حول شرعيته ، حيث أن العقد فيه لا يستقل على خصائص عقد واحد ، بل يمتزج فيه عقدان أو أكثر ، مما لا يميز بين آثارهما تمييزاً واضحاً .

الإجارة المنتهية بالتملك من العقود المركبة ، التي جمعت بين خصائص عقد البيع وخاصة ؛ لكونها تنتهي بانتقال الملكية ، وأيضاً خصائص عقد الإجارة ؛ لكون المبالغ المقسطة فيها تدفع على أنها أجرة المنفعة المؤجرة ، وفيما يلي بيان موجز عنها .

تعريفها :

أن يتفق طرفان على أن يقوم أحدهما بتأجير الآخر سلعة معينة مقابل أجرة معينة تدفع على أقساط مفرقة في مدة محددة وعند نهاية المدة وسداد جميع الأقساط المتفق عليها في عقد الإجارة ينتهي عقد الإجارة ويتملك المستأجر تلك السلعة بناء شرط على اقترن بعقد الإجارة ، ويكون إما بهبة السلعة للمستأجر أو بيعها أو بوعده من المؤجر بالبيع أو الهبة ^(١) .
وللإجارة المنتهية بالتملك عدة صور تدور حول:

- ١ . ما اتفق عليه المتعاقدان .
- ٢ . ما أراداه بهذا التعاقد .
- ٣ . ما حدده أجرة في الإجارة وثمناً في البيع .
- ٤ . زمن انتقال الملكية .

^(١) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتملك للشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ٥ (٢٦١٢/٤) ، الإجارة المنتهية بالتملك خالد الحافي لخالد الحافي ص (٦٠ ، ٦٦) ، بحث الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة : (الإجارة المنتهية بالتملك) للقره داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ١٢ (٤٧٧/١) .

صورها:

الصورة الأولى: إجارة مقرونة بالبيع ثمنه الأقساط الإيجارية .

وهي التي يصاغ العقد فيها على أنه عقد إيجار ينتهي بتملك الشيء المؤجر مقابل ثمن يتمثل في المبالغ التي دفعت فعلاً كأقساط إيجار للشيء المؤجر خلال المدة المحددة ، ويصبح المستأجر مالِكاً - أي مشترىً - للشيء المؤجر تلقائياً بمجرد سداد القسط الأخير ، دون حاجة إلى إبرام عقد جديد ^(١) . وهذه الصورة هي الأوسع انتشاراً في تداول هذا العقد. **فالعقد بهذه الصورة هو** : إجارة تنتهي بالتملك دون دفع ثمن سوى الأقساط الإيجارية ، وبناءً على هذا يكون ثمن الشيء المبيع دفع مقدماً على أقساط هي هذه الأقساط الإيجارية المتفق عليها ^(٢) .

التكيفات الفقهية الواردة عليها:

كيفت هذه الصورة بعدة تكيفات:

التكيف الأول: على أنها بيع تقسيط معلق على سداد الأقساط.

حيث اعتبرت (إيجار سائر للبيع) ، فالعقد في أصله بيع تقسيط اشترط فيه سداد كامل الأقساط في وقت محدد وإلا ألغى العقد ، و تتم فيه انتقال الملكية بعد سداد الأقساط ، وصيغ بهذه الطريقة للتحويل على القانون وضمان حق البائع بطريقة أكثر مرونة ، فهو إجارة في الصورة وبيع في الحقيقة ، وهذا تكيف كيفه القانونيون على هذه الصورة ^(٣) .

وهذا التكيف لا ينطبق من حيث الفقه الإسلامي للملاحظات التالية:

١- أن عقد الإجارة عقد صريح ناجز ، صيغته دالة على الإجارة قطعاً.

٢- اقتران البيع بالإجارة لا يمكن أن يقال أنه حول العقد من إجارة إلى بيع ، لأن إرادة المتعاقدين عند بداية العقد على أنه إجارة لا بيعاً فكان القول بتحويله لعقد بيع عكس إرادتهما الظاهرة والمعلنة.

٣- أن تملك الشيء المؤجر الذي علق على سداد جميع الأقساط لا يمكن أن يكون بيعاً معلقاً والضمن فيه هو هذه الأقساط ، لأن الأقساط دفعت على أنها أجره للعين المؤجرة فكيف تتحول إلى ثمن العين المؤجرة في نهاية المدة ، ومعلوم أن الثمن يكون حالاً أو مؤجلاً عند تمام عقد البيع ، وما أخذ هنا تحت ظل عقد الإجارة هو ثمن هذه المنفعة التي استوفاه المستأجر ^(٤) .

^(١) ينظر: العقود المالية المركبة ص (١٩٥) ، بحث الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ، مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ٥ (٢٦١٣/٤)

^(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (١٩٥) .

^(٣) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٠٧ - ٢١١) ، بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لابن بيه ، مجلة الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ١٢ (٢٦٦٩/٤) .

^(٤) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد الخامس (٢٦١٢/٤) .

٤- انتقال ملكية العين المؤجرة في الإجارة والتي هي المبيع في بيع التقسيط المعلق لا يتم إلا بعد سداد الأقساط كاملة ، فتكون صفته في الإجارة على أنه عين مؤجرة في الأصل فيكون له أحكام الإجارة ، وأما في البيع فقبض العين يكون على أنها عارية ، فيكون له أحكام الإعارة ، وهذا فرق في ماهية العقد وما يترتب عليه من أحكام.

٥- أن ما يأخذه البائع في البيع المعلق على سداد كامل الثمن له حكم الثمن ، فيرد عند فسخ العقد بالعيب ونحوه ، وما يأخذه المؤجر في الإيجار المنتهي بالتمليك له حكم الأجرة ، لا يرد عند فسخ العقد بالعيب ونحوه ، لأنه عوض المنفعة المستوفاة .

٦- أن العقد في البيع عقد لازم للبائع وللازم للمشتري بمقتضى عقد البيع ، لكنه عرضة للفسخ عند عدم السداد ، بينما في عقد الإيجار المنتهي بالتمليك العقد لازم للمؤجر ، وغير لازم للمستأجر فهو عقد إجارة ينقلب بيعا إذا سددت جميع الأقساط ، ولا يلزم المستأجر إنهاء جميع المدة إلا في حالة وجود شرط يلزم بذلك . إلا أنه إن كان المقصد البيع لا الإجارة والآثار المترتبة عليه آثار عقد البيع فالعقد بيع بالتقسيط لا إجارة فلا فرق عمليا بينهما ويسمى بذلك تحايلا ، فيصبح عقدا واحدا وليس عقدين ^(١).

التكييف الثاني: عقد إجارة مقترن بعقد بيع معلق على شرط سداد كامل الثمن.

هذه الصورة عبارة عن عقد إجارة ابتداء اقترنت بعقد بيع علق على شرط سداد كامل الثمن انتهاء ، وتتحول أقساط الإجارة إلى ثمن المبيع ، فالعقد احتوى عقدين على عين واحدة ^(٢).

ويرد على هذا التكييف مناقشات:

أن العقد هنا مركب فهو عقد إجارة ينقلب بيعا في نهاية المدة إذا تم السداد كاملا في المدة ، وتتحول أقساط الإجارة إلى ثمن المبيع ، فالعقد احتوى عقدين على عين واحدة ، لكن هل العقدان في وقت واحد أو وقتين؟ هذا مشكل ، فهو في وقتين بناء على أنه بداية عقد إجارة ثم انقلب إلى بيع بعد تمام السداد ، فكان كلا العقدين في وقت ليس كالأخر ، لكن يشكل أن الأقساط التي تدفع يختلط فيها القيمة الإيجارية مع قيمة البيع ، وفي التطبيق العملي بعض آثار الإجارة كالضمان والصيانة والتي هي لازمة على المؤجر تصبح على المستأجر مما يدل على أن العقدين يجمعهما وقت واحد ^(٣) ، أو أنهما

^(١) ينظر: الإجارة الطويلة والمنتبهة بالتمليك للخميس ص (٣٣٦) ، العقود المالية المركبة ص (٢٠٨، ٢٠٩)

^(٢) ينظر: الإجارة الطويلة والمنتبهة بالتمليك للخميس ص (٣٣٦) ، التأجير المنتهي بالتمليك للدخيل ص (١٣٣) ، العقود المالية المركبة ص (٢٠٧ - ٢١١) .

^(٣) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لمحمد عمر الزبير مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة ، عدد ٥ (٢٧٣٣/٤)

عقدان في عقد واحد غير مستقر على أحدهما^(١) ، أو أنه مستقر على عقد الإجارة معلق على عقد البيع عند سداد الأقساط لكن عند عدم السداد تنفسخ الإجارة ولا ينعقد البيع فهو غير مستقر على أحدهما.

التكييف الثالث: عقد إجارة مقترن بهبة بشرط سداد كامل الأقساط:

فهذه الصورة عبارة عن عقد إجارة ابتداء اقترن بعقد هبة معلق على شرط سداد كامل الثمن^(٢) يرد على هذا التكييف: أن الهبة ليست إرادة المتعاقدين ، بل المراد المعاوضة^(٣).

الصورة الثانية: الإجارة المقترنة بالبيع بضمن رمزي.

وهي التي يصاغ العقد فيها على أنه عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجره محددة في مدة محددة للإجارة ، على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل دفع مبلغ رمزي^(٤). فالعقد بهذه الصورة هو : اقتران الإجارة ببيع الشيء المؤجر بضمن رمزي.

التكييف الفقهي لها:

كَيْفَتْ بأول تكييفين للصورة الأولى ، وبيان ذلك فيما يلي:

التكييف الأول: بيع تقسيط معلق على سداد الأقساط.

وهذا البيع حدد فيه ثمن معين (رمزي) للسلعة ، فالعقد احتوى على عقدين:

١- عقد إجارة ناجز حددت فيه الأجرة ومدة الإجارة فإذا انتهت مدة الإجارة انفسخ عقد الإجارة.

٢- عقد بيع يتم في نهاية مدة الإجارة إذا دفع المستأجر الثمن الرمزي الذي اتفقا عليه^(٥).

يرد على هذا التكييف مناقشات:

١- صراحة الصيغة في أنه عقد إجارة أريدت أحكامه وآثاره خلال مدة الإجارة ولم يرد عقد البيع بآثاره وأحكامه إلا بعد انتهاء عقد الإجارة.

(١) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لبكر أبو زيد مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الثاني (١ / ٦٥٥) .

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢١١) .

(٣) ينظر: الإجارة الطويلة والمنتوية بالتمليك للخميس ص (٤١٥) .

(٤) العقود المالية المركبة ص (١٩٥) ، بحث الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ، مجمع الفقه الإسلامي بجدة عدد ٥

(٤ / ٢٦١٣) .

(٥) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢١١) .

٢- الفروق التي بين الإجارة المنتهية بالتملك وبيع التقسيط والتي وردت في الصورة السابقة^(١).

التكييف الثاني : عقد إجارة مقترن بعقد بيع معلق على شرط سداد كامل الثمن.

وهذا البيع احتوى على عقدين :

عقد إجارة ناجز حددت فيه الأجرة ومدة الإجارة فإذا انتهت المدة انفسخ عقد الإجارة ، ويلحقه عقد بيع إذا تم دفع المستأجر للثمن الرمزي الذي اتفقا عليه ، وهذا إذا مادفع المستأجر الأقساط كاملة في الوقت المحدد^(٢).

يرد عليه ما ورد على هذا التكييف في الصورة الأولى ، ويضاف عليه:

أن ثمن المبيع في الفقه الإسلامي لا بد أن يكون مقارباً لقيمة السلعة الحقيقية ، وذلك لأن البيع هو معاوضة مال بمال ، ومعاوضة المال بالمال تكون بأن يأخذ البائع من المشتري عوض هذه السلعة وهو الثمن ، أو ما يقارب ذلك في الأسواق ، وأن يأخذ المشتري السلعة من البائع عوض ما دفعه من ثمن أو ما يقارب ذلك حيث يغتفر التفاوت اليسير ، ولكن المطلوب هو تحقيق العدل بين العوضين ، والعدل أن تكون السلعة معادلة للثمن الذي حدد لها ، وأن يكون الثمن معادلاً للسلعة التي عينت له.

ولا يمكن أن يقال: أن المتعاقدين لهما الحرية التامة في أن يحددا الثمن الذي يريانه، وإن كان قليلاً جداً ، لأن اقتران عقد الإجارة مع تحديد الأجرة المرتفعة عن أجرة المثل خلال المدة التي اشترط استمرار الإجارة فيها بهذه الأجرة بعقد البيع في نهاية هذه المدة وبعد سداد هذه الأقساط الإيجارية وجعل ثمن المبيع رمزياً يفصح بصورة واضحة عن أن المقصود هو عقد بيع من أول الأمر ، وليس عقد إجارة ثم عقد بيع ، وأن ما دفع فقط الثمن الرمزي المشار إليه ، فلا يعتبر الثمن الرمزي ثمناً حقيقياً للسلعة ، ولا يقال: هذا الثمن الرمزي هو جزء من الثمن وباقي الثمن هو مادفعه المستأجر من أقساط لأنه قد اجتمع في هذا العقد عقدان ، كلا منهما مستقل عن الآخر ، والأقساط هي ثمن الانتفاع بالمنفعة في عقد الإيجار.

(١) العقود المالية المركبة ص (١٩٥) ، بحث الإيجار المنتهي بالتملك للشاذلي ، مجمع الفقه الإسلامي بحدة ،

عدد ٥ (٢٦١٣/٤) .

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢١٢) .

الصورة الثالثة: الإجارة المقترنة بالبيع بثمن حقيقي.

يصاغ العقد على أنه عقد إجارة يمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة ، على أن يكون للمستأجر الحق في تملك العين المؤجرة في نهاية مدة الإجارة مقابل دفع مبلغ حقيقي^(١).

التكييف الفقهي لها:

أنها إجارة اقترنت ببيع معلق على شرط استيفاء كامل الأقساط. هذه الصورة : هي عقد مركب من عقدين على عين واحدة ، العقدان هما: عقد إجارة ، وعقد بيع معلق على شرط ، وهو سداد الأقساط الإيجارية خلال مدة الإجارة. يرد عليه: هل هما في وقتين أو وقت واحد؟ ويقال في ذلك ما قيل في الصورتين السابقتين^(٢).

الصورة الرابعة: الإجارة المقترنة بوعد بالبيع

يصاغ العقد فيها على أنه عقد إجارة ، يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجرة محددة في مدة محددة للإجارة ، على أن المؤجر يعد المستأجر وعداً ملزماً - إذا وفي المستأجر بسداد الأقساط الإيجارية في المدة المحددة - بأن يبيعه العين المؤجرة بمبلغ رمزي أو حقيقي ، أو تكون الأقساط الإيجارية هي ثمن السلعة وتحديد بذلك بحسب ما يتفق عليه العاقدان في نهاية المدة^(٣). **فالعقد بهذه الصورة هو : اقتران الإجارة بوعد بالبيع.**

التكييف الفقهي لها:

إجارة اقترنت بوعد ببيع مشروط بسداد الأقساط الإيجارية. يرد عليه : هل الوعد بالبيع ملزم أم غير ملزم ؟ فإذا كان ملزماً أخذ حكم العقد ، وإذا لم يكن ملزماً فالعقد عقد إجارة حقيقية تترتب عليها آثارها ، وبعد سداد الأقساط كاملة يتم إجراء عقد بيع مستقل بحسب ما يستقر عليه العاقدان ، مع الأخذ بالاعتبار التفريق بين الوعد الملزم للمشتري ، والوعد الملزم للبائع ، والوعد الملزم لهما^(٤).

(١) ينظر: العقود المالية المركبة ص (١٩٦) .

(٢) ينظر: المرجع السابق ص (٢١٣) .

(٣) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدد ، عدد ٥ (٢٦١٦/٤) ، بحث والإيجار المنتهي بالتمليك للإسلامي ، مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ١٢ (٣٣٦/١) ، وبحث الإجارة وتطبيقاتها المعاصرة للقره داغي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ١٢ (٤٨٤/١) ، العقود المالية المركبة ص (١٩٦) .

(٤) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك للشاذلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدد ، عدد ٥ (٢٦١٦/٤) ، العقود المالية المركبة ص (١٩٦) .

الصورة الخامسة:الإجارة المقرونة بوعد الهبة:

أن يصاغ العقد على أنه عقد إجارة ، يُمكن المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة في مقابل أجره محددة في مدة محددة للإجارة ، على أن المؤجر يعد المستأجر وعداً ملزماً — إذا وفى المستأجر بسداد الأقساط الإيجارية في المدة المحددة — بهبة العين المؤجرة في نهاية العقد على المستأجر. فالعقد بهذه الصورة هو : اقتران الإجارة بوعد بالهبة.

التكييف الفقهي لها:

إجارة اقترنت بوعد بهبة مشروط بسداد الأقساط الإيجارية.
يرد عليه : هل الوعد بالبيع ملزم أم غير ملزم ؟ ، و أن الهبة ليست إرادة المتعاقدين ، بل المراد المعاوضة^(١).

(١) ينظر: الإجارة الطويلة والمنتھية بالتمليك للخميس ص (٤١٥) .

الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار المنتهي بالتمليك:

مما تقدم من الصور السابقة للإيجار المنتهي بالتمليك وتكييفاتها الفقهية نجد أن الأحكام الفقهية المتعلقة بعقد الإجارة المنتهي بالتمليك تدور حول الأحكام الفقهية التالية:

أولاً: التعليق في العقود .

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين :

القول الأول :

أن تعليق عقود المعاوضات والتبرعات على شرط مستقبل غير جائز ، وهذا قول الجمهور من الحنفية ، والمالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، والزيدية ، والإمامية ، والإباضية^(١).

أدلتهم:

١- أنها عقود تمليكات فتثبت آثارها في الحال ، فتعليقها شرط ينافي ما يقتضيه العقد ، إذ أن مقتضى العقد الفورية ، وألا يكون معلقاً ؛ و لما فيه من معنى القمار أو المخاطرة حيث يتردد العقد بين الوجود أو عدمه إذا لم يتحقق الشرط.

٢- أنها تقاس على بيع الملامسة أو المنابذة ، وقد ورد النهي عنهما.

القول الثاني:

أن تعليق عقود المعاوضات والتبرعات على شرط مستقبل جائز وصحيح ، وهذا هو قول شيخ الإسلام ابن تيمية -رحمه الله-، وهو رأي عند الإمام أحمد-رحمه الله-^(٢).

أدلتهم:

١- عن عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة مؤتة زيد بن حارثة ، فقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (إن قُتل زيد فجعفر ، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحة) ، فالنبي - صلى الله عليه وسلم - علّق عقد الولاية على أمر مستقبل.

٢- أن الأصل في الشروط و في العقود الإباحة والصحة.

٣- أن التعليق لا يؤدي إلى غرر أو مخاطرة أو أكل أموال الناس بالباطل، وأنه ليس من قبيل بيع

^(١) ينظر: تبين الحقائق شرح كتر الدقائق (٤٤/٥) ، الفروق (٢٢٩/١) ، المجموع شرح المذهب (٢٤٩/٩) ،

الشرح الكبير (٢٤٩/١١) .

^(٢) ينظر: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية لعلي البعلي ص (٢٧٦) .

الملامسة^(١) ، أو المنابذة^(٢) المنهي عنهما^(٣) .

ثانيا : حكم اشتراط عقد في عقد (بيعتان في بيعه):

الإيجار المنتهي بالتمليك يؤدي في بعض صورته إلى اشتراط عقد في عقد ، وقد كان للفقهاء في المسألة قولان:

القول الأول: منع اشتراط عقد في عقد .

وهذا القول هو قول الجمهور من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة^(٤) .

أدلتهم:

١- قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك)^(٥) .

٢- عن أبي هريرة - رضي الله عنه - أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى عن بيعتين في بيعه ، وفسروا الحديث بأن المراد به اشتراط عقد في عقد^(٦) .

القول الثاني : جواز اشتراط عقد في عقد إلا إذا كان أحدهما معاوضة والآخر تبرع كالجمع بين البيع

والقرض ، أو بين الإجارة والقرض لحديث (لا يحل سلف وبيع)^(٧)

ذهب لهذا القول ابن تيمية - رحمه الله -^(٨) وغيره .

(١) الملامسة : أن يتساوم الرجلان في سلعة فإن لمسها المشتري لزم البيع سواء رضي أو لم يرض البائع ، ينظر: معجم المصطلحات ص (٤٤٠) .

(٢) المنابذة : أن يقول البائع للمشتري أي ثوب نبذته فقد اشتريته بكذا ، ينظر: معجم المصطلحات ص (٤٤٣)

(٣) ينظر: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية لعلي البعلي ص (٢٧٦) .

(٤) ينظر: المبسوط (١٦/١٣) ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير (٦٦/٣) ، والمجموع شرح المذهب

(٩ / ٢٣٠) ، الشرح الكبير (١١ / ٢٣٠) .

(٥) سبق تخريجه ، ص (٢٥) .

(٦) أخرجه أبو داود في سننه ، كتاب: الإجارة. باب: فيمن باع بيعتين في بيعه. ح (٣٤٦٣) ، (٢٩٠/٣) . والترمذي في

سننه ، كتاب: البيوع. باب: ما جاء في النهي عن بيعتين في بيعه. ح (١٢٧٦) ، (١٣٧/٥) . والنسائي في سننه ، كتاب:

البيوع. باب: بيعتين في بيعه. ح (٤٦٤٩) ، (٣١٣/١٤) . عن أبي هريرة - رضي الله عنه - . وقال الترمذي: حديث

حسن صحيح.

(٧) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٦٢/٢٩) .

(٨) ينظر: المرجع السابق.

أدلتهم:

- ١- أن الأصل في المعاملات والشروط الحل والصحة.
- ٢- أن قوله - صلى الله عليه وسلم - : (ولا شرطان في بيع) ظاهر أنه بعيد عن هذه المسألة ، فإن البيع في هذه المسألة قد اقترن بشرط واحد وهو أن يبيعه هذه السلعة بكذا بشرط أن يبيعه تلك السلعة بكذا ، وليس فيه شرطان ، وإنما يوجد العقد ، ويوجد شرط فيه ، فالأول يطالب بمقتضى العقد ، والثاني بمقتضى الشرط^(١).
- ٣- فـي النبي - صلى الله عليه وسلم - عن بيعتين في بيعة ، إن المراد به: بيع العينة ، حيث تضمن بيع مؤجل وبيع حاضر ، وتضمن أيضاً الشرطين : شرط التأجيل ، وشرط الحلول^(٢)

ثالثاً: الوعد والإلزام:

اختلف الفقهاء في كون الوعد ملزماً أو غير ملزم على أقوال:

القول الأول:

أن الوعد غير ملزم قضاء في جميع الأحوال ، وإن كان مأموراً بالوفاء به ديانة. وهذا رأي جمهور الفقهاء من الحنفية ، أشهب^(٣) من علماء المالكية ، والشافعية والحنابلة ، والظاهرية^(٤) ، وجمهور من الصحابة والتابعين^(٥).

أدلتهم:

- ١- لأن الوفاء به تفضل وإحسان ، ويقول الله تعالى: ﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ﴾ [التوبة: ٩١] ^(٦).

٢- أنه روي عن أم كلثوم بنت أبي سلمة قالت: (لما تزوج النبي صلى الله عليه وسلم أم سلمة قال لها:

^(١) ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لحسن الشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٥ ، (٢٦٣٥/٤)

^(٢) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٤٣٢/٢٩) .

^(٣) هو : أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم القيسي ، وهو من أهل مصر صحب الإمام مالكا وآلت إليه رئاسة المذهب بعد وفاة ابن القاسم ، قيل اسمه مسكين ، وأشهب لقب له ، قال الشافعي : ما أخرجت مصر أفقه من أشهب لولا طيش فيه ، توفي بمصر سنة ٢٠٤هـ .

ينظر : الديباج المذهب ص(٩٨) ، شجرة النور الزكية ص(٥٩) ، وفيات الأعيان (٢١٥/١) .

^(٤) تم تعريفها سابقا ، ص (٤٩) .

^(٥) ينظر: المبدع (٣٤٥/٩) ، الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ص (٣٣١) .

^(٦) بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لحسن الشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ٥ (٢٦٤٩/٤) .

إني قد أهديت للنجاشي حلة ، وأواقي من مسك ، ولا أرى النجاشي إلا قد مات ، ولا أرى هديتي إلا مردودة ، فإن ردت عليّ فهي لك ، قالت: وكان كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم وردت هديته ، فأعطى كل امرأة من نسائه أوقية مسك ، وأعطى أم سلمة بقية المسك والحلة (١) ، وقد علم من بعض روايات الحديث ما يفيد أن الذي علق رسول الله صلى الله عليه وسلم إعطاءه لأم سلمة هو الحلة ، وقد أعطاها لها حينما تحقق الشرط ، وهو رد الهدية بعد موت النجاشي .

القول الثاني:

يكون الوعد ملزماً على تفصيل بينهم ، وهذا رأي المالكية ، وفيه قول عند الحنفية .

تفصيل أقوالهم:

- ١- أن الوعد يكون ملزماً إذا دخل الموعود بسبب هذه العدة في شيء. وهو قول مالك وابن القاسم (٢) وقول سحنون (٣) (وهذا هو المشهور).
- ٢- أن الوعد يكون ملزماً إذا كان على سبب ، وإن لم يدخل الموعود فيه فعلاً ، وإذا لم يكن على سبب فلا يكون ملزماً. وهذا قول أصبغ (٤) من علماء المالكية (٥).

(١) أخرجه الطبراني في معجمه الكبير. ح (١٩٧٧٨)، (٣٥٢/٢٣). والبيهقي في سننه الكبرى. كتاب: البيوع.

باب: السلم في المسك والعنبر. ح (٣٦٥٩)، (٤٦٥/٩). قال الألباني: ضعيف. إرواء الغليل: (٤٩/٦).
(٢) هو : عبد الرحمن بن قاسم بن خالد بن جنادة العنقي ، المعروف بابن القاسم ، كان حبراً فقيهاً فاضلاً ، لازم الإمام مالكاً وتفقه عليه ، وروى عنه المسائل ، وكان من الفقهاء المجتهدين ، وأحاط بعلم الإمام مالك وفرع على أصوله وقد خالف الإمام مالكاً في بعض المسائل ، توفي في مصر سنة ١١٩ هـ .

ينظر : الديباج المذهب ص (١٤٦) ، وفيات الأعيان (٢٧٦/١) ، شذرات الذهب (٣٢٩/١) .
(٣) هو : عبد السلام بن سعيد التنوخي ، وسحنون لقب له ، وقد انتهت الرئاسة إليه في العلم بالمغرب ، وولي القضاء بالقيروان ، وصنف المدونة وعليها يعتمد أهل القيروان ، وعنه انتشر علم مالك في المغرب . ومات سنة ٢٤٠ هـ .
ينظر : طبقات الفقهاء (١ / ١٥٦) .

(٤) هو: أصبغ بن الفرج بن سعيد المصري ، كان فقيهاً محدثاً ثقة ، دخل المدينة المنورة يوم وفاة الإمام مالك رحمه الله وكان له سماع من ابن القاسم وأشهب وابن وهب من المالكية ، وكان مفتي أهل مصر ، وله مصنفات كثيرة منها : " تفسير غريب الموطأ " و " آداب العظماء " ، توفي بمصر سنة ٢٢٥ هـ وقيل ٢٢٦ هـ .

ينظر : شذرات الذهب (٥٦/٢) ، الديباج المذهب (٢٩٩/١) ، وفيات الأعيان (٢١٧/١) ، تذكرة الحفاظ (٤٥٧/٢) .

(٥) ينظر: تحرير الكلام على مسائل الالتزام للحطاب ص (١٥٤ ، ١٥٥) ، والفروق (٢٥/٤) .

واستدلوا بقاعدة : لا ضرر ولا ضرار .

- ٣- أن الوعد يجب الوفاء به إن كان معلقاً على شرط ، وهو قول الحنفية ^(١) .
٤- أن الوعد ملزم قضاء مطلقاً . وإلى هذا ذهب ابن شبرمة ^(٢) ، ابن تيمية -رحمهما الله- ^(٣) .
أدلتهم:

١. قوله تعالى : ﴿يَأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١]
٢. قوله تعالى : ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمَسَاتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾ [المؤمنون: ٨]
٣. قال تعالى : ﴿كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ﴾ [الصف: ٣] .
٤. قال -صلى الله عليه وسلم-: (أربع من كنَّ فيه كان منافقاً خالصاً ، ومن كانت فيه خلة منهن كانت فيه خلة من نفاق حتى يدعها: إذا حدث كذب ، وإذا عاهد غدر ، وإذا وعد أخلف ، وإذا خاصم فجر) ، وروي عن أبي هريرة بلفظ: (آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب ، وإذا وعد أخلف ، وإذا اتَّمن خان) ^(٤) .

فدلالة هذه النصوص على تحريم إخلاف الوعد، تدل على إلزام الوعد لمن وعد.

رابعا: اشتراط شرط أو أكثر في عقد من عقود المعاوضات المالية:

- عقد الإجارة المنتهية بالتملك عقد اشتمل في كثير من صوره على شروط منها :
١- أن يتحمل المستأجر نفقات صيانة السلعة والحفظ والتأمين .
٢- ألا يتصرف المؤجر في هذه السلعة طوال مدة الإجارة المتفق عليها بأي تصرف يضر بمصلحة المستأجر ، أو يخرج السلعة من تحت يده .
٣- أن يبيع المؤجر الشيء المؤجر على المستأجر إذا وفي بالأقساط المتفق عليها في المدة المحددة لهذه الإجارة ^(٥)

^(١) ينظر: غمز عيون البصائر للحموي (٢٣٧/٣) .

^(٢) ينظر: المحلى (٢٨/٨) ، الفروق (٢٤/٤) وابن شبرمة : عبدالله بن شبرمة ، كان قاضياً لأبي جعفر على قضاء الكوفة ، توفي عام ١٤٤ هـ . ينظر : سير أعلام النبلاء (٣٤٧/٦) .

^(٣) ينظر: الاختيارات الفقهية من فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ص (٣٣١) .

^(٤) سبق تخريجه ، ص (٤٧) .

^(٥) بحث الإيجار المنتهي بالتملك لحسن الشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، عدد ٥ (٢٦٣٣/٤) .

٤- أن يجعل المؤجر للمستأجر الحق في أن يملك الشيء المؤجر في مقابل ثمن معين ، أو مد مدة الإجارة ، أو ورد الشيء إلى المؤجر في نهاية مدة الإجارة. إذا رغب في ذلك.

وللعلماء في الاشتراط في عقود المعاوضات أقوال:

أولاً : حكم اقتران عقود المعاوضات بشرط واحد : اختلف العلماء في هذه المسألة على أقوال :

القول الأول : ذهب الحنفية إلى أن الشرط الصحيح في العقد هو أحد ثلاثة شروط :

١- شرط يقتضيه العقد.

٢- شرط يلزم العقد.

٣- شرط يجري التعامل به ، أي جرى به العرف.

وأي شرط لا يدخل تحت أحد من هذه الأنواع ، فهو شرط فاسد ^(١).

القول الثاني : ذهب المالكية أن الشرط صحيح إلا إذا أفضى إلى محذور شرعي ، أو خالف مقتضى العقد ^(٢).

القول الثالث : ذهب الشافعية إلى أن الشرط لا يكون صحيحاً إذا وُجد فيه محذور شرعي ، أو خالف مقتضى العقد ، أو كان شرطاً لا غرض فيه ^(٣).

القول الرابع : ذهب الحنابلة إلى صحة جميع الشروط في العقود ، ويستثنون من ذلك الشروط التي تخالف الشرع ، والشروط التي تخالف مقتضى العقد ^(٤).

القول الخامس : وهو قول شيخ الإسلام ابن تيمية ^(٥) وغيره .

أن الأصل في ذلك الحل والصحة ، إلا إذا خالف الشرع ؛ لقوله - صلى الله عليه وسلم - : (الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حراماً حلالاً ، أو أحل حراماً) ^(٦)

(١) ينظر: حاشية ابن عابدين (٢٨٢/٧ - ٢٨٣) .

(٢) ينظر: تحرير الكلام في مسائل الالتزام ص (٣٣٩ - ٣٦٥) .

(٣) ينظر: مغني المحتاج (٣٣/٢) .

(٤) ينظر: الشرح الكبير (٢٣/١١) .

(٥) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (١٢٦/٢٩ - ١٨٠) ، وقد استفاض شيخ الإسلام في تقرير هذه المسألة.

(٦) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب: الأقضية. باب: في الصلح. ح(٣١٢٠)،(٩/٩٤١). عن أبي هريرة - رضي الله عنه -

والترمذي في سننه، كتاب الأحكام عن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - . باب: ما ذكر عن رسول الله -

صلى الله عليه وسلم - في الصلح بين الناس. ح(١٢٧٢)،(٥/١٩٩). وابن ماجه في سننه، كتاب: الأحكام. باب:

الصلح. ح(٢٣٤٤)،(٧/١٦٢). عن عمرو بن عوف ، وقال الترمذي: حسن صحيح.

ثانياً : حكم اشتراط أكثر من شرط في عقود المعاوضات المالية:

ورد في الباب حديث عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - : (لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ، ولا بيع ما ليس عندك)^(١).

وقد اختلف العلماء في تفسير الحديث على أقوال منها :

القول الأول : أن المراد به التردد بين النقد والنسيئة في صيغة واحدة ، كأن يقول : بعتك بكذا نقداً وبكذا نسيئة ، فيقبل الآخر على الإجماع - أي لم يحدد أي الصفتين قبل^(٢) .

القول الثاني : أن المراد به اشتراط شرطين فاسدين في العقد ، وهذا قول عند الحنابلة، وعليه فيكون اشتراط شرطين فاسدين يبطل العقد ، أما اشتراط شرطين صحيحين أو أكثر فإنه يصح ويصح العقد^(٣).

^(١) سبق تخريجه ، ص (١٨٥) .

^(٢) نقله الشاذلي عن الحنفية والشافعية والمالكية والبغوي والخطابي ، ينظر: بحث الإيجار المنتهي بالتمليك لحسن

الشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة ، العدد الخامس (٢٦٣٥/٤) .

^(٣) الشرح الكبير (٢٢٨/١١)

القواعد الأصولية المطبقة على الإجارة المنتهية بالتملك

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء والمعاملات والشروط.

اعتمد ابن تيمية - رحمه الله - في استدلاله على آرائه الفقهية التي تبناها والتي خالف بها جمهور الفقهاء بقاعدة: (الأصل في العقود الإباحة) ، فقد استدل في مسألة: (بيعتان في بيعه) بهذا الأصل ، وبين أن المقصود ببيعتان في بيعه: بيع العينة ، وبذلك فإن رأيه في تركيب العقود الإباحة بناء على هذا الأصل ، وظاهرٌ حصول التركيب بين (الإجارة والبيع أو الهبة) في عقد الإجارة المنتهية بالتملك.

واستدل بأن (الأصل إباحة الشروط إذا لم تخالف الشرع) على إباحة اقتران الشروط بعقود المعاوضات ، و وافقه الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة على أنه الأصل لكنهم اختلفوا فيما بينهم فيما يمنع صحة الشرط.

القاعدة الثانية: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب.

القائلون بمنع التعليق في عقود المعاوضات والتبرعات على شرط مستقبل ، أو بمنع اشتراط عقد في عقد ، أو بمنع الإلزام بالوعد ، أو بمنع اقتران عقود المعاوضات بشرط ، أو بمنع الشرطين في العقد ، فإن توفر وصف من هذه الأوصاف في عقد إيجار منتهي بالتملك وجب على من يقول بتحريم هذا الوصف الذي خالط العقد بتركه لكونه لا يمكن تجنب الحرام الذي فيه إلا بتركه.

القاعدة الثالثة: الباطل والفاسد.

لما كان في عقد الإجارة المنتهية بالتملك أوصاف أحلت بصحة العقد فيها ، والتي منها على سبيل المثال: الغرر الواقع على المستأجر إذا لم يتم السداد لأي ظرف أو اضطر للفسخ بسبب ارتفاع الأقساط الإيجارية ارتفاعاً بيناً يغطي للبائع أرباحه المطلوبة من بيع السلعة ، هذا النوع من الغرر بالمستأجر يعتبر وصفاً فاسداً ، يقتضي عند جمهور الفقهاء إبطال العقد وعدم صحته ، ويقتضي عند الحنفية فساده ، فيلحق المتعاقدين الإثم ويطلب فسخه إذا كان يعلم المتعاقدين وكون المبيع في يد أحدهما وعدم وجود ما يمنع رده المبيع ، وهو عقد يمكن تصحيحه بإزالة ما أفسده ، ولا يتم انتقال الملك والتصرف فيه إلا بعد القبض وإذن البائع أما إذا هلك المبيع فعليه ضمانه برده أو قيمته ويثبت فيه الخيار.

القاعدة الرابعة: الحاجة تنزل منزلة الضرورة.

في مسألة تعليق البيع أو الهبة على شرط قال ابن القيم -رحمه الله-^(١) عند حديثه عن جواز تعليق البيع: "وتعليق العقود والفسوخ والتبرعات والالتزامات وغيرها من الشروط أمر قد تدعو إليه الضرورة أو الحاجة أو المصلحة ، فلا يستغني عنه المكلف"^(٢).

فالحاجة إلى تعليق العقود على الشروط خاصة في زماننا التي انتشرت فيه صور عديدة تقتضي ذلك حاجة عمت وانتشرت ، وأصبحت حاجة ملحة تنزل في حكمها على حكم الضرورة بحيث يستمر لها حكم الإباحة لكونها عامة. وهذا التعليق متحقق فيه الحاجة ، ولا بدليل يغني عنه في إباحة العقود التي يحتاج فيها لذلك ، ومشقة تحريمها ستؤدي إلى تحريم كثير من العقود التي تحتويها ، وهي حاجة لا تخالف قصدا من مقاصد الشارع بل يتم فيها رفع الحرج والتيسير على الناس ، وتلبية مصالحهم وحاجاتهم ، ولا يوجد لها معارض أقوى منها فهي بتوفر هذه الشروط تنزل منزلة الضرورة في إباحة تعليق بيع على شرط ، مما يجعل هذا الوصف الموجود في بعض صور الإيجار المنتهي بالتمليك مباحا.

القاعدة السادسة: إبطال الخيل.

توفر مضمون الخيلة في صورة الإجارة المقرونة بالبيع ثمة الأقسام الإيجارية ، لكونه عقد إجارة سائر للبيع ، فالعقد غايته البيع ، ووسيلته المشروعة في ظاهرها هي الإجارة ، وقد قصد المتعاقدان فيها إخفاء عقد البيع في صورة الإجارة ليتم فيه احتفاظ البائع (المؤجر) بملكية السلعة قبل تمام السداد وانتفاع المشتري (المستأجر) بمنفعة السلعة حين تمام السداد ، فتوفرت فيها أركان الخيلة كاملة ، فتم فيها قلب حكم البيع لإجارة ، والصورة التي يكون الثمن فيها رمزيا كان الثمن الرمزي قرينة دلت على هذه الخيلة ، وهي من الخيل التي اتفق على تحريمها لكونها حيلة معارضة بالكتاب والسنة والذي رتب على عقد البيع أحكاما وآثارا تختلف عن أحكام الإجارة وآثارها .

أما صورة الهبة المقترنة بالإجارة فالخيلة فيها كون إرادة العاقدین المعاوضة وليس التبرع ، واقتربت الإجارة بالهبة لتكون وسيلة مشروعة للإباحة .

(١) تم التعريف به سابقا ، ص (٤٤) .

(٢) إعلام الموقعين (٣/٣٩٩-٤٠٢) .

المبحث الثالث
المشاركة المتناقصة

ملهيد

إن المشاركة كعقد أقرته الشريعة الإسلامية ، بُني على التعاون على البر والتقوى ، وهو عقد تظهر فيه المسؤولية الاجتماعية والأخلاقية والتربوية التي اهتم لها الاقتصاد الإسلامي في تطبيقاته ، ثم هو أيضا عقد يقوم على أسس التنمية الاقتصادية للمجتمع ، فهو لذلك من أهم العقود التنموية في الفقه الإسلامي ، لذلك تعددت طرائقه وصوره .

ومما ظهر من صور المشاركة في العصر الحديث عقد المشاركة المتناقصة .

والمشاركة المتناقصة تنشأ غالبا بين مصرف وشخص طبيعي أو اعتباري (مؤسسة) ، يمنح فيها الحق لأحد الشريكين بتملك حصة الآخر ، إما دفعة واحدة أو بالتدرج على دفعات بمقتضى شروط متفق عليها ، حيث يقوم الشريك بشراء حصة المصرف بعد مدة معينة ، ويقصد أحدهما في الغالب منذ بدء التعاقد عدم بقاء الشراكة ، وإنما تناقصها إلى انتهائها^(١).

هذا العقد يحتوي على الأوصاف التالية:

١- كونه شركة عنان وليس فيه ما يتعارض مع هذه الشركة ، ولا ما يخالف نصا شرعيا ، أو قاعدة كلية .

٢- وعد من أحد الشريكين ببيع حصته للشريك الآخر .

٣- بيع الشريك حصته بعقد مستقل عن الشركة إما كلياً أو جزئياً ، دفعة أو على دفعات .
وليس هذا من قبيل بيع الوفاء^(٢) لأن الغالب عليه صفة الرهن وأحكامه ، والمشتري مالك من جهة وغير مالك من جهة أخرى ، أما المصرف في المشاركة المتناقصة فهو مالك ملكا تاما كشريك ، وله حقوقه ، وعليه التزاماته ، الفرق : أنه وعد وعدا ببيع حصته للشريك إذا دفع الآخر حصته^(٣).

(١) العقود المالية المركبة ص (٢٣٣) ، ينظر: المعاملات المالية المعاصرة لمحمد شبير ص (٢٩٢) ، الخدمات المصرفية لاستثمار أموال العملاء (١١٥٨/٤) ، بحث المشاركة المتناقصة وصورها للشاذلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي في جدة ، عدد ١٣ (٤٣٥/٢) ، بتصرف ، بحث المشاركة المتناقصة وأحكامها لزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، العدد ١٣ (٥١٣/٢) ، بحث المشاركة المتناقصة طبيعتها وضوابطها الخاصة للعبادي ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي بجدة ، العدد ١٣ (٥٣٣/٢) .

(٢) تم تعريفه سابقا ، ص (٢٢) .

(٣) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة لعثمان شبير ، ص (٣٤١) بتصرف .

صورها:

لها صور متعددة في الواقع العملي ، أبرزها:

الصورة الأولى: المشاركة في عين مع الوعد بالبيع:

بأن تتفق المؤسسة المالية مع العميل على تحديد حصة كل منهما في رأس مال المشاركة وشروطها ، ويكون بيع حصص المؤسسة المالية إلى العميل بعد إتمام المشاركة بعقد مستقل ، بحيث يكون له الحق في بيعها للمؤسسة المالية أو غيرها ، وكذلك بالنسبة للمؤسسة المالية بأن تكون لها حرية بيع حصصها للعميل الشريك أو لغيره^(١) .

الصورة الثانية: المشاركة المتناقضة بتمويل مشروع قائم:

بأن يقدم العميل للمؤسسة المالية أعيانا يعجز عن تشغيلها ، كمن يملك مصنعا لا يستطيع شراء معداته ، فتدخل المؤسسة شريكة معه بقيمة المعدات ، فتأخذ حصتها من الربح ، وحصة لتسديد مساهمتها في رأس المال ، ويتفقان على أن تباع المؤسسة حصتها دفعة واحدة أو على دفعات ، فتتناقص ملكيتها لصالح العميل الشريك حتى يتم له الملك بسداد كامل الحصة^(٢).

الصورة الثالثة: المشاركة المتناقضة باقتناء الأسهم:

وذلك بأن يحدد نصيب كل من المؤسسة المالية وشريكها في الشركة ، في صورة أسهم تمثل مجموع قيمة الشيء موضوع المشاركة عقار مثلا ، يحصل كل من الشريكين على نصيبه من الإيراد المتحقق من العقار ، وللشريك إذا شاء أن يقتني من هذه الأسهم المملوكة للمؤسسة عددا معينا كل سنة ، بحيث تكون الأسهم الموجودة في حيازة المؤسسة متناقضة ، إلى أن يتم تملك شريك المؤسسة الأسهم بكاملها ، فتصبح له الملكية المنفردة للعقار دون شريك آخر^(٣).

(١) ينظر: سلسلة التوعية بأعمال المصارف الإسلامية لبنك دبي الإسلامي ص (٢٤) ، (نقلا عن: العقود المالية

المرکبة ص ٢٣٤)

(٢) ينظر: بحث المشاركة المتناقضة وصورها لعجيل نشمي ، مجلة مجمع الفقهي الإسلامي بجدة، عدد ١٣ (٢/٥٧١) ، العقود المالية المركبة ص (٢٣٤) .

(٣) صورة توصيات وقرارات مؤتمر المصرف الإسلامي الأول بدبي ، ينظر: سلسلة التوعية بأعمال المصارف الإسلامية لبنك دبي الإسلامي (٢٥/٣) .

الصورة الرابعة: المشاركة المتناقصة المنتهية بالتمليك مع الإجارة :

بأن يتم التعاقد بين المؤسسة المالية والشريك على إقامة مشروع ، مع وعد من الشريك باستئجار العين لمدة محددة ، وبأجرة المثل ، فيكون شريكا مستأجرا ، وتوزع الأرباح حينئذ وفق طريقة المشاركة المتناقصة حسب اتفاقهما ^(١).

الصورة الخامسة: المشاركة المتناقصة بالتمويل المشترك:

بأن تتفق المؤسسة المالية مع عميلها على المشاركة في التمويل الكلي ، أو الجزئي لمشروع ذي دخل متوقع ، وذلك على أساس اتفاق المؤسسة مع الشريك لحصول المؤسسة على حصة نسبية من صافي الدخل المحقق فعلا ، مع حقها في الاحتفاظ بالجزء المتبقي من الإيراد أو أي قدر منه يتفق عليه ؛ ليكون ذلك الجزء مخصصا لتسديد أصل ما قدمته المؤسسة من تمويل ^(٢).

الصورة السادسة : المشاركة المتناقصة بطريقة المضاربة:

وذلك بأن تدفع المؤسسة المالية كامل رأس المال لمشروع معين ، ويقدم الشريك العمل والربح بينهما ، مع وعد من المؤسسة بتمليك المشروع بطريقة المشاركة المتناقصة ^(٣)

^(١) ينظر: بحث المشاركة المتناقصة وصورها لعجيل النشمي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، عدد ١٣ (٥٧٢/٢) ،

بحث المشاركة المتناقصة وصورها للشاذلي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، عدد ١٣ (٤٣٦/٢) .

^(٢) ينظر: سلسلة التوعية بأعمال المصارف الإسلامية لبنك دبي الإسلامي (٢٤/ ٣) .

^(٣) ينظر: الموسوعة العلمية والعملية للبنوك الإسلامية (٣٢٥/٥) ، المشاركة المتناقصة وصورها لعجيل نشمي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، عدد ١٣ (٥٧٣/٢) .

الأحكام المتعلقة بالمشاركة المتناقصة:

الرأي الأول : أنه اشتراط عقد في عقد^(١):

المشاركة المتناقصة لا تتم المصلحة منها إلا باشتراط عقد في عقد ، فإذا تم الاتفاق فيها على الاشتراط ، فهو يؤدي إلى ضمان رأس المال والربح ، وهذا ينافي عقد الشركة القائم على أساس المشاركة في الربح والخسارة ، فيكون هذا الاشتراط حيلة ووسيلة يتوصل بها إلى المحرم ، فتكون المعاملة شبيهة بالقرض الربوي^(٢).

حكمه:

- ١- أن هذه المعاملة بهذا الشرط محرمة لأنها تكون من بيع ما لا يملك فإذا اشترط عليه أن يشاركه في أرض سيشتريها ، وشرط عليه لأن يبيعه بكذا ، فإنه في هذه الحالة باعه ما لا يملك ، وقد ورد النهي عن ذلك ، كما أن هذه الصورة تدخل في أحد تفسيرات النهي عن بيعتين في بيعة^(٣).
 - ٢- أن التركيب في هذه المعاملة بوجود شرط البيع يؤدي إلى جهالة الثمن في المستقبل ، وقد يؤدي إلى الغبن ، وذلك لأن الثمن في المستقبل قد يزيد وقد ينقص فأدى التركيب لهذه المفساد.
 - ٣- أن فيها شبهة ببيع الوفاء وهو حيلة للإقراض وأخذ منفعة زائدة ، وبيع الوفاء البيع: بشرط أن البائع متى ما رد الثمن فإن المشتري يعيد إليه المبيع.
 - وهنا فإن تملك البنك للسلعة غير دائم ، ومتى مارد العميل رأس المال والربح فإن البنك يعيد إليه السلعة^(٤).
- فالمشاركة المتناقصة بصيغة اشتراط عقد البيع بثمن محدد في عقد الشركة لا يجوز لما فيه من مفساد .

(١) نوقش حكمها سابقا في الإيجار المنتهي بالتمليك ، ص (٢٥٢) .

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٨٤) .

(٣) المرجع السابق .

(٤) ينظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للصاوي ص (٦٢٥) ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، العدد ١٣ ، (٦٣٦/٢) ، العقود المالية المركبة ص (٢٤٣) ، بحث المشاركة المتناقصة وصورها في ضوء ضوابط العقود المستحقة لوهرة الزحيلي ، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي بجدة ، العدد ٢ (٤٨١/٣-٥٠١) .

الرأي الثاني: المشاركة مع الوعد بالبيع:

لها حالتان:

الحالة الأولى: المشاركة مع الوعد غير الملزم بالبيع.

كما في الصورة الأولى والثالثة ، فيتم عقد المشاركة المتناقصة أولا ثم يتلوه عقد البيع بعقد مستقل بحيث يكون للشريك الحق في بيعها للمؤسسة المالية أو لغيرها ، بالسعر الذي يتفق عليه لاحقا دون إلزام لأحد العاقدين ، فهي بهذه الصورة جائزة.

فهي ليست من قبيل الاشتراط وإنما من قبيل الاجتماع ، فهو لا يؤدي لمحرم لا لربا ولا غرر وليس بين العقدین تضاد ولا تناف في الأحكام والآثار ولا يوجد بها توسل لمحرم ، وبيع الشريك لشريكه الآخر نصيبه ولا مانع من ذلك شرعا لأنه يبيعه ما يملكه ^(١).

ويرد عليها إشكالان:

الإشكال الأول: مشاهة بيع الوفاء ، وذلك أن هناك تواطؤا على أنه متى ما رد له رأس ماله في الشركة فإنه يرد إليه المبيع ، فيتنازل عن نصيبه متى ما رد إليه العميل رأس ماله ، ويستفيد من حصته إلى حين تسديد الشريك الآخر ثمن تلك الحصة ^(٢) فتكون بذلك مثل بيع الوفاء والذي ينتفع فيه البائع (المقرض) بالسلعة إلى أن يرد المشتري (المقرض) الثمن.

يجاب عنه: بثلاثة أجوبة ^(٣) :

أولا: أن البائع في بيع الوفاء لم يقصد بيعا في الحقيقة ولم تتوجه إرادته إلى ذلك ، وإنما عقد قرضا بضمان الشيء المبيع ، وأمكن المشتري من فوائد المبيع مقابل انتفاعه بالقرض ، فهو قرض مستتر في صورة بيع صوري غير مقصود ، أما في المشاركة المتناقصة فقد توجهت الإرادات حقيقة إلى الاستثمار ، فالمصرف يأخذ أموال الناس ليستثمرها في مشاركات شرعية ، لا ليقرضها قروضا ربوية.

يعترض عليه: أن المشاركة المتناقصة أيضا يقصد منها التمويل لا الاستثمار ^(٤) .

يجاب عنه:

أ- يمكن أن يسلم ذلك في الوعد الملزم ، بينما الوعد غير الملزم في الغالب أن يكون القصد منه الاستثمار بصيغة المشاركة.

(١) المغني (١٦٧/٧) .

(٢) ينظر: مشكلة الاستثمار في البنوك الإسلامية للصاوي ص (٦٢٥) ، المعاملات المالية المعاصرة لشبير

ص (٢٩٤) .

(٣) المرجعين السابقين.

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، المناقشات ، عدد ١٣ (٦٤٢/٢ ، ٦٦١) .

ب-على التسليم بأنه قد يكون القصد هو التمويل لا الاستثمار لكن التمويل لا يمنع منه في كل صورته ، وإنما إذا جاء بصيغة ليس فيها مخالفة شرعية فإنه جائز ، والعقدان هنا منفصلان لا إلزام بترابطهما.

ثانياً: أن المصرف يشارك في الغرم والغنم على حد سواء ، فهو شريك في الربح والخسارة ، وهذا بخلاف طبيعة القروض الربوية التي تقوم على ضمان القرض وفوائده على كل حال فخالفها ، وخالف بيع الوفاء.

ثالثاً: أنه يوجد شرط في بيع الوفاء يلتزم المشتري بمقتضاه أن يرد المبيع عند رد الثمن ، وعلى ذلك فإنه يكون مالكا وغير مالكا ، فهو مالكا بمقتضى العقد ، وغير مالكا بمقتضى الشرط الذي يلزمه برد المبيع إلى المدين عند سداد الدين ، بينما في المشاركة المتناقصة لا يوجد شرط وإنما وعد غير ملزم ، والشريك مالكا لنصيبه دون شرط يقضي بخلاف ذلك.

الإشكال الثاني: أن المشاركة المتناقصة تعتبر نوع من أنواع بيع العينة ، للتواطؤ على أن يعيد المشتري بيع الأصل الذي اشتراه إلى نفس البائع المالك الأصلي ، وهي نفس حالة عقد المشاركة المتناقصة فتكون من بيع العينة ، إضافة إلى أن المقصود من هذا العقد التمويل ، والقرض ، من جهات متخصصة في منح الائتمان ، عن طريق شراء السلع ثم إعادة بيعها بالأجل ، فتكون من باب بيعتين في بيعة ، وبيع وسلف ، فتؤول إلى الربا ^(١)

يعترض عليه:

١-أنه لا يسلم أن المشاركة المتناقصة من بيع العينة ، لأن البنك والعميل يشتريان أصلاً من طرف ثالث ، يشتركان فيه ، وليس البنك يشتري من العميل ثم يعيد البيع عليه بالأجل ^(٢) .
٢-أنه لو سلم احتمال أن تؤول صيغة من صيغ المشاركة المتناقصة إلى العينة مثل: أن يشتري البنك من عميله بالنقد ثم يعيد إليه البيع بالأجل ، ولكن ليس هذا هو التطبيق المنتشر في البنوك الإسلامية. ^(٣)

٣-أن العينة المحرمة هي التي تكون حيلة على الربا. ^(٤) .

^(١) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، المناقشات ، مناقشة حسين كامل فهمي ، عدد ١٣ (٢/٦٦٧، ٦٣٩) .

^(٢) ينظر: المرجع السابق ، العدد ١٣ (٢/٦٥٩، ٦٤٣) .

^(٣) ينظر: المرجع السابق ، العدد ١٣ (٢/٦٦٩) .

^(٤) ينظر: المرجع السابق .

٤- يمكن أن يناقش أيضا بأنه يسلم قوله بالتحريم في حالة اشتراط عقد في عقد ، أو الوعد الملزم بـثمن معين ، ولكن لا يسلم في حالة الوعد الملزم بسعر السوق أو الوعد غير الملزم ^(١) .

الحالة الثانية: المشاركة مع الوعد الملزم بالبيع:

ولها صورتان:

أ- المشاركة مع الوعد الملزم بالبيع بـثمن محدد:

هنا يقاس على اشتراط عقد في عقد فيكون كالشرط ، فيترتب عليه ما يترتب على الشرط من المفسد في المسألة السابقة ، فيكون محرما.

ضوابط ذكرها بعض الباحثين:

١- ألا تتضمن المواعيد السابقة لعقود البيع المتتالية لخصه الممول إلى العميل تحديدا لـثمن تلك الحصة الموزعة عليها ، وفقا للآجال المتفق عليها ، إذ لو تضمنت ذلك لكانت المواعدة الملزمة على إبرام كل واحد من تلك العقود في حقيقتها بيعا مضافا إلى المستقبل في صورة وعد ملزم من الجانبين ، وهو غير جائز شرعا في قول جماهير العلماء.

"والواجب في المفاهمة والمواعدة أن تكونا على أساس بيع الحصص بالقيمة ثمن المثل وسعر السوق عند إبرام عقد بيع مستقل في أجله ، إذ لو حدد ثمن حصص الممول فيها بما قامت عليه أو بأكثر لأدى ذلك إلى مسألة خفية محظورة ، وهي ضمان العميل للمول رأس مال المشاركة الذي ساهم فيه ، بالإضافة إلى ربح أو ريع حصته في العقار أو المشروع المشترك ، ولانطوت المشاركة المتناقضة على توسل بعقود ووعود جائزة بمفردها إلى قرض ربوي يترتب على اجتماعهما في حقيقة واحدة ، وخصوصا عند اقتران اتفاقية المشاركة المتناقضة بتأمين العميل على محل تلك المشاركة لدى شركات التأمين ، كما هو معمول به لدى كثير من المؤسسات المالية الإسلامية" ^(٢).

٢- اشتراك الممول والعميل في ضمان الخسارة في حال وقوعها بحسب حصصهم في الملك ، كيلا تكون حيلة للقرض ^(٣).

^(١) ينظر: المرجع السابق العدد ١٣ (٦٤٢/٢) .

^(٢) بحث المشاركة المتناقضة وصورها لـتريه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، عدد ١٣ (٥٢٢/٢) بتصرف

^(٣) المرجع السابق (٥٢٣/٢) .

قيل: لا يبطئها وعد ملزم للمؤسسة بأن تباع نصيبها على الشريك إذا دفع قيمة حصتها من رأس المال بالإضافة للربح المتفق عليه بينهما ، فيبيع الشريك نصيبه لشريكه سواء كانت المشاركة المتناقصة شركة أموال أو شركة ملك بينهما^(١) .

ب- المشاركة مع الوعد الملزم بالبيع بثمن المثل أو بسعر السوق:

يرى البعض أنها جائزة^(٢) .

أدلتهم:

١- أن الوعد الملزم ليس عقداً ؛ لأنه لا يترتب عليه الدخول في البيع ، أو في الشركة ، وإنما يترتب عليه تعويض الضرر إذا كان هناك ضرر^(٣) .

يعترض عليه: أنه وإن سلم أن الوعد الملزم ليس عقداً ، وإنما هو في درجة أقل منه ، إلا أنه يترتب عليه بعض آثار العقد ، وهو هنا إما أن يرم العقد بسعر السوق في المستقبل ، وهذا فيه غرر ، أو أن يعوض ما وقع على المصرف من تكاليف ، وهذا فيه ضرر عليه أيضاً.

٢- أنه لا يترتب على هذا الالتزام محذور شرعي^(٤) .

يعترض عليه: أنه يسلم أنه لا يترتب عليه كثير من المحاذير الموجودة في اشتراط عقد في عقد ، أو في الوعد الملزم بثمن معين ، إلا أنه يترتب عليه الالتزام بالشراء في زمن مستقبل ، وهذا فيه جهالة.

٣- أنه لا فائدة من صيغة المشاركة المتناقصة إلا بالشرط أو الإلزام ، وإلا فإنه قد يتضرر المصرف الممول^(٥) .

يعترض عليه: بأنه إذا لم تكن الصيغة جائزة شرعاً فإنه لا يسوغ تجويزها بحجة مصلحة أحد طرفي العقد.

فعدم جوازها لما فيها من جهالة ، خاصة وأنه لا فائدة كبيرة من الوعد الملزم في هذه الحالة إذا كان بسعر السوق ، فهو إما أن يشتريها العميل أو أنها تعرض في السوق فتباع ، وإن رغب

(١) ينظر: بحث المشاركة المتناقصة وصورها لعجيل النشمي ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ١٣

(٢) (٥٦٩/٢) ، والمناقشات (٦٤٧/٢ ، ٦٤٨) .

(٣) ينظر: بحث المشاركة المتناقصة وصورها لزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ١٣ (٥٢٢/٢) ،

والمناقشات ، عدد ١٣ (٦٤٨/٢) .

(٤) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، المناقشات ، عدد ١٣ (٦٤٨/٢) .

(٥) ينظر: بحث المشاركة المتناقصة وصورها لزيه حماد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، عدد ١٣ (٥٢٢/٢) .

(٥) ينظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدد ، المناقشات ، عدد ١٣ (٦٤٣/٢) .

ففيها العميل فله حق الشفعة ، ولذلك أقترح أن تكون الصيغة بالوعد غير الملزم ، أو مع الخيار للعاقدين أو لأحدهما ^(١)

الرأي الثالث: الجمع بين العقدين أو أكثر في عقد من غير شرط:
كما في الصورة الأولى والثالثة ، أو عقد الإجارة كما في الصورة الرابعة .
وهذا جائز إذا لم يؤد اجتماع إلى محذور شرعي ، ولم يكن بين العقدين تضاد في الأحكام والآثار.
وفي هذه الصور لا يرد محذور شرعي ، وليس بينها تضاد في الأحكام والآثار. ^(٢)

^(١) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٥٢) .

^(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٥٢ ، ٢٥٣) .

القواعد الأصولية المطبقة على المشاركة المتناقصة

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء والمعاملات.

المشاركة المتناقصة الأصل فيها كونها شركة عنان ، فتصح ما دام العقد الذي تم فيها لم يحتو على محظورات شرعية ، أو يخالف قاعدة كلية.

القاعدة الثانية: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب.

لن يتم في المشاركة المتناقصة الاحتراز عن الحرام بغير فصل عقد المشاركة عن عقد البيع عند من قال بذلك ، فدل ذلك على أن انفصال العقدین فيها مطلوب لتسلم من الموانع المفسدة للعقد.

القاعدة الثالثة: الباطل والفساد.

اشتراط المصرف على الشريك أن يبيعه نصيبه بسعر المثل فيه جهالة للثمن في المستقبل ، وهذا من الغرر المنهي عنه ، ففساد هذا الشرط يجعل العقد عند الجمهور باطلا لا تترتب عليه آثاره ، في حين أنه عند الحنفية فاسد تترتب عليه آثاره إن مضى في العقد ، وتم استلام العين المشترك فيها.

القاعدة الرابعة: اقتضاء مطلق النهي للفساد.

عندما يؤخذ على المصرف المتعامل بالمشاركة المتناقصة كونه يبيع ما لا يملك حيث يتفق مع شريكه في العقد قبل شراء ما يريدان الاشتراك فيه ببيعه لنصيبه من تلك الشراكة ، فهذا من بيع ما لا يملك ، وهذا مما ورد عليه النهي ، فعلى القائلين بذلك إن كانوا يرون رأي الجمهور في اقتضاء النهي للفساد أي البطلان ، فيبطل العقد عندهم فورا ، وإن كان رأيهم برأي الحنفية فالفساد بمعنى الإثم مع إتمام التعاقد إذا تم تقابض ما يريدان الاشتراك فيه ، أو تم انتقال ملكيتها إليهما ، فالعقد فاسد ، مطلوب فسخه . .

القاعدة الخامسة: الوسائل لها أحكام المقاصد.

اشتراط المصرف في المشاركة المتناقصة رد الشريك له كامل حصته مع الربح بقصد ضمان رأس المال والربح ، وهذا مقصد مخالف للمقاصد الشرعية من عقد المشاركة والتي تقتضي المشاركة في الربح والخسارة ، فلفساد المقصد فسدت الوسيلة ، وأصبح الشرط بموجبها فاسدا .

أما كون المشاركة المتناقضة يقصد بها التمويل لا الاستثمار ، فبحسب المقصد منها يترتب الحكم عليها ، ويحكم على الوسائل الموصلة للمقصد بحسبه ، فالأصل أنها للاستثمار ، فإن قصد بها التمويل حرمت بناء على هذه القاعدة .

المشاركة مع الوعد الملزم بسعر محدد ، يشترط فيها ألا تكون حصص الممول فيها محددة بما يضمن له رأس المال مع القيمة وإلا لأدى إلى المحذور ، وبناء عليه فإن كان التحديد وسيلة موصلة إلى مقصد حرام فسيتبعه في الحكم ويحرم.

القاعدة السادسة: إبطال الحيل.

القائلون بتحريم المشاركة المتناقضة نظروا إلى أنها حيلة للوصول للقرض الربوي بصورة شرعية حيث إن اشتراط بيع نصيب المصرف إلى الشريك ليست إلا حيلة للربا ، بسبب عدم توفر السيولة المادية للشريك ، والأصل إبطال الحيل.

المبحث الرابع
مراجعة الأمر بالشراء

ملهيد

عقد المراجعة عقد عرف في الشريعة الإسلامية على أنه عقد يقوم على أساس معرفة الثمن الأول وزيادة ربح عليه ، حيث إنه من بيع الأمانة فينبغي أن يكون الثمن الأول معلوماً وأن يكون الربح معلوماً أيضاً ، فهو قائم على مبدأ الصدق .

وقد طور عقد المراجعة ليصبح صيغة تمويل مصرفية استثمارية ، وكبدل إسلامي ، عرفت بالمراجعة المصرفية.

مراجعة الأمر بالشراء^(١):

"أن يتفق المصرف والعميل على أن يقوم المصرف بشراء البضاعة عقاراً أو غيره ، ويلتزم العميل أن يشتريها من المصرف بعد ذلك ، ويلتزم المصرف بأن يبيعها له ، وذلك بسعر عاجل أو آجل ، تحدد نسبة الزيادة فيه على سعر الشراء مسبقاً"^(٢)

صورها:

ببتبع صورها نلجدها تنلصر في صورتين:

الصورة الأولى: الماعدة الملزمة بالاتفاف بين الطرفين ، مع ذكر مقدار الربح.

وذلك بأن يذهب العميل إلى المصرف طالبا منه شراء سلعة معينة بالوصف ، ويتفقان على أن يقوم المصرف بشراء السلعة ، ويلتزم العميل بشرائها من المصرف ، ويلتزم المصرف ببيعها للعميل بثمان اتفقا عليه مقداراً، وأجلاً، وربحاً^(٣). وهذه هي الصورة المشهورة .

(١) بيع المراجعة عند الفقهاء القدامى يختلف عنه عند المعاصرين ، والذي هو موطن البحث ، حيث عرف كنوع

من أنواع بيع الأمانة ، فالمراجعة : بيع بأزيد من رأس المال. ينظر: زاد المعاد (٢٦٥/٤) .

(٢) بيع المراجعة كما تجريه البنوك الإسلامية لمحمد الأشقر ص (٦٧ ،) ، ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء لسامي

حمود ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجلة ، عده (١٠٩٢/٢) ، بحث بيع المراجعة للآمر بالشراء في المصارف الإسلامية لرفيق المصري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجلة ، عده ٢ (١١٣٠/٢) .

(٣) ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجلة ، العدد الخامس (٩٧٧/٢)

، بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (٧٩) .

الصورة الثانية: المواعدة غير الملزمة للطرفين.

وذلك بأن يرغب العميل شراء سلعة بعينها ، فيذهب إلى المصرف ويحصل بينهما تواعد من العميل بالشراء ، ومن المصرف بالبيع ، وهذا الوعد لا يعتبر اتفاقا ، كما أنه وعد غير ملزم لأي من الطرفين^(١).

وهذه الصورة تنقسم لحالتين:

- ١- المواعدة غير الملزمة مع عدم ذكر مسبق لمقدار الربح.
- ٢- المواعدة غير الملزمة مع ذكر مقدار ما سيبدله من ربح^(٢).
- وبعض الباحثين اقترح أن يكون الإلزام للمصرف دون العميل^(٣) .

التكييف الفقهي لها:

- اتفقوا على كونها معاملة مركبة ، واختلفوا في تحليل مكوناتها ، إجمال ما يحويه العقد فيها:
- ١- أنها تتكون من ثلاثة أطراف: أمر بالشراء ومشتري من المصرف ، بائع السلعة للمصرف ، مصرف مشتر للسلعة وبائع لها للآمر بالشراء.
 - ٢- أن فيها عقدين: عقد من البائع للمصرف ، وعقد من المصرف للآمر بالشراء .
 - ٣- أن فيها ثلاثة وعود: وعد من المصرف بشراء السلعة ، وعد ملزم من المصرف ببيع السلعة للآمر ، وعد ملزم من الأمر بشراء السلعة من المصرف^(٤) .

(١) المرجعان السابقان .

(٢) ينظر المراجعة لبكر أبو زيد (٩٧٧/٢) .

(٣) ينظر: المراجعة للآمر بالشراء للضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (٩٩٨/٢) .

(٤) العقود المالية المركبة ص (٢٦٥) ، ينظر: بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (٨٣،٨٤) ، المراجعة لبكر أبو زيد

(٩٧٧/٢) ، المراجعة للآمر بالشراء للضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (٩٩٨/٢) ، بيع

المراجعة للآمر بالشراء للمصري ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (١١٥٣/٢) .

حكمها:

اختلف المعاصرون في حكم المراجعة في حالة الوعد الملزم للطرفين على قولين في الجملة:

القول الأول: أن بيع المراجعة للآمر بالشراء جائز^(١).

أدلتهم:

الدليل الأول: أن الأصل في المعاملات الإباحة ، إلا ما دل الدليل على تحريمه ، ويدل على ذلك عمومات الأدلة من الكتاب والسنة ، فالمراجعة للآمر بالشراء جائزة بناء على الأصل في المعاملات المالية^(٢).

يعترض عليه: بأنه قد دل الدليل على تحريم هذه المعاملة ، والمراجعة المركبة الملزمة للطرفين داخلية فيها كحديث : (لا تبع ما ليس عندك)^(٣) ، و (النهي عن بيعتين في بيعة)^(٤) ،^(٥).

الدليل الثاني: نصوص الفقهاء ، وفتاوى العلماء ، ومن أشهرها:

جاء في الأم : " وإذا رأى الرجل سلعة ، فقال: اشتر هذه وأربحك فيها كذا ، فاشترها الرجل ، فالشراء جائز ، والذي قال: أربحك فيها بالخيار ، إن شاء أحدث فيها بيعا ، وإن شاء تركه ، وهكذا إن قال : اشتر لي متاعا ، ووصفه له أو متاعا أي متاع شئت ، وأنا أربحك فيه ، فكل هذا سواء ، يجوز البيع الأول ، ويكون فيما أعطى من نفسه بالخيار ، وسواء في هذا ما وصفت إن كان قال: ابتعته ، وأشتره منك بنقد أو دين ، يجوز البيع الأول ، ويكونان بالخيار في البيع الآخر ، فإن جدداه جاز ، وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنهما تبايعاه قبل أن يملكه البائع ، الثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا"^(٦)

(١) ممن قال به: يوسف القرضاوي ، سامي حمود ، عبد الحميد البعلي ، أحمد البعلي وغيرهم ، ينظر: بيع المراجعة للآمر بالشراء للقرضاوي ص (٢٦) ، تطوير الأعمال المصرفية لسامي حمود ص (٤٣٠) ، فقه المراجعة للبعلي ص (٧٨) ، بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (٢٠٢) .

(٢) ينظر: بيع المراجعة للآمر بالشراء للقرضاوي ص (١٣) .

(٣) أخرجه الترمذي في سننه ، كتاب: البيوع عن رسول - صلى الله عليه وسلم - . باب: ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك. ح (١١٥٣)، (٩/٥). وأبو داود في سننه ، كتاب: البيوع. باب: في الرجل يبيع ما ليس عنده . ح (٣٠٤٠) ، (٣٧٦/٩). وابن ماجه في سننه ، كتاب: التجارات. باب: النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن. ح (٢١٧٨)، (٤٢٣/٦). كلهم عن حكيم بن حزام - رضي الله عنه - وقال الترمذي عند تخريجه: هذا حديث حسن.

(٤) سبق تخريجه ، ص (٢٥٥) .

(٥) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٦٨) .

(٦) ينظر: الأم (٣٣/٣) .

وجه الدلالة: أن نص الشافعي يدل على جواز هذه المعاملة ، المشابهة للمراجعة المركبة المبنية على الوعد من العميل للمصرف ، وإن مثل هذا الوعد ملزم للطرفين قضاء ، طبقاً لأحكام المذهب المالكي ، وهو ملزم للطرفين ديانة طبقاً لأحكام المذاهب الأخرى. وما يلزم ديانة يمكن الإلزام به قضاء إذا اقتضت المصلحة ذلك ، وأمكن للقضاء التدخل فيه . ويؤخذ قول المالكية من نص ابن شبرمة^(١) القائل: " إن كل وعد بالتزام لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً يكون وعداً ملزماً قضاء وديانة"^(٢) .

وقول ابن شبرمة هذا تشهد له ظواهر النصوص القرآنية ، والأحاديث النبوية ، والأخذ به أيسر على الناس ، والعمل به يضبط المعاملات^(٣) .

يعترض عليه بعدة اعتراضات:

١- أن نص الشافعي يدل على جواز هذه المعاملة في حالة الوعد غير الملزم ، ويكونان بالخيار ، أما إذا كانت المعاملة ملزمة للطرفين فقد جاء في نهاية النص المنقول عنه ما يدل على تحريم ذلك ، وهي المطابقة للمراجعة المركبة هنا^(٤) ونصه: " وإن تبايعا به على أن ألزما أنفسهما ، فهو مفسوخ من قبل شيئين: أحدهما: أنه تبايعاه قبل أن يملكه البائع. الثاني: أنه على مخاطرة أنك إن اشتريته على كذا أربحك فيه كذا." ^(٥) .

٢- أن الوعد الذي وقع الاختلاف فيه بين المالكية وغيرهم ، فقال: المالكية بالإلزام به ديانة وقضاء ، وقال غيرهم بالإلزام به ديانة لا قضاء ، هو الوعد بالمعروف من جانب واحد ، وهذه المسألة ليست من هذا القبيل ؛ لأن الوعد فيها من أحد الطرفين يقابله وعد من الطرف الآخر ، فهو أقرب إلى العقد منه إلى الوعد ، وينبغي أن تطبق عليه أحكام العقد^(٦) .

(١) سبق التعريف به ، ص (٢٥٥) .

(٢) ينظر: بيع المراجعة للأشقر ص (١٦) .

(٣) ينظر: بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (١١٩) ، بيع المراجعة للأشقر ص (١٤) ، توصيات مؤتمر المصرف الإسلامي بدبي ص (١٤) .

(٤) ينظر: بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (١٣٦) .

(٥) الأم (٣٣/٣) .

(٦) ينظر: بحث المراجعة للأمر بالشراء للضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، العدد الخامس (١٠٠١/٢) ، وبيع المراجعة للأشقر ص (١٧،٣٢) .

٣- أن الوعد الملزم الذي يجب الوفاء به ديانة وقضاء ، أو ديانة فقط ، هو الوعد الذي لا يترتب على الإلزام به محذور ، والإلزام بالوعد هنا يترتب عليه محذور ، هو بيع الإنسان ما لا يملك. وقد نص ابن شبرمة فيما نقلوا عنه على اشتراط ألا يحل الوعد حراما أو يحرم حلالا^(١).

٤- لا يصح القول بالإلزام بالوعد في هذه المعاملة اعتمادا على رأي المالكية ، ويؤيد هذا أن الإمام مالكا وفقهاء المالكية نصوا على منع هذه المعاملة إذا وقع على الإلزام^(٢).

٥- أن المالكية لا يسمون مثل هذه المعاملة وعدا ، وإنما يسمونها مواعدة ، ولهم في المواعدة قاعدة تنطبق على هذه المسألة ، وهي قولهم: "الأصل منع المواعدة بما لا يصح وقوعه في الحال حماية"^(٣). والمالكية يمنعون المواعدة على ما ليس عندك ، وهذا هو بيع المراجعة للآمر بالشراء بنصه ؛ لأننا لو أزمنا كلا الطرفين بتنفيذ وعده تكون بيعا ، وليست مواعدة وهذا البيع لا يجوز إنشاؤه في الحال^(٤).

٦- أن الاستدلال بجواز هذه المعاملة مع الوعد بنص الشافعي ، والاستدلال على جواز الإلزام بالوعد بنص ابن شبرمة ، هو نوع من التلقيق بين أقوال المجتهدين ، على مسألة لم يقل بجوازها على هذه الكيفية أحد منهم. وهذا التلقيق ليس من النوع الجائر ؛ لأنه يؤدي إلى أمور محرمة ، منها الوقوع في ما نهي عنه من بيع ما ليس عندك^(٥).

الدليل الثالث: أن العلماء من واجبهم الاجتهاد وليس من اللازم أن يكون لهم لكل قول سلف من العلماء ، ومن حقهم أن يخالفوا من سبقوهم إن كان لهم نظر في مسألة ما تخالف رأي المعاصرين لاختلاف الظروف ، ويكون ذلك باجتهاده في اختيار الرأي الذي يراه أقرب لتحقيق المصالح دون الخروج على محكمات النصوص وقواطع الأصول^(٦).

(١) ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء للضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (١٠٠١/٢) ،

وصيغ التمويل بالمراجعة للريبعة ص (٧٩) .

(٢) ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء للضرير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (١٠٠١/٢) ،

المنتقى (٣٨/٥) .

(٣) ينظر: إيضاح المسالك ص (٩٩) .

(٤) ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء للضرير مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدّة ، العدد الخامس (١٠٠١/٢) ،

والمناقشات ، (١٥٣٠/٢) .

(٥) العقود المالية المركبة ص (٢٧١ ، ٢٧٢) ، ينظر: المصارف الإسلامية للهيتي ص (٥٢٨) .

(٦) ينظر: بيع المراجعة للآمر بالشراء للقرضاوي ص (١٩-٢٢) ، العقود المالية المركبة ص (٢٧٤) .

يعترض عليه:

١- أن هذه المعاملة ليست مستحدثة بل إن جميع المذاهب الأربعة نصت على المواعدة الملزمة ولم تجزها.^(١)

٢- أن الاجتهاد في مقابلة النص لا يصح ، والمواعدة الملزمة تخالف النهي عن بيع "ما ليس عندك".

الدليل الرابع: حاجة الناس في هذا العصر إلى التيسير والرفق رعاية لظروفهم ، ولغلبة رقة الدين ، قال تعالى : ﴿ يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴾ [البقرة : ١٨٥] ، ولا يعني هذا تحميل النصوص ما لا تطبيق ، لكن إذا وجد قولان وهما متكافئان من ناحية قوة الأدلة فالأخذ بالتيسير أفضل : (ما خير النبي صلى الله عليه وسلم بين أمرين إلا اختار أيسرهما ما لم يكن إثماً) ^(٢) ، ^(٣).

يعترض عليه: ١- أن الواجب عند الاختلاف الأخذ بما هو أرجح دليلاً ، وليس الاختلاف دليلاً على الجواز ، وإلا نقضت قاعدة التكليف ، إضافة لأهمها غير متكافئين في الأدلة.

٢- أن القائلين بالجواز لم يلتزموا بما دعوا الآخرين إليه من التيسير ، بل اختاروا التشديد على العميل في تحريم الخلف بالوعد على التيسير بإباحته ، واختاروا التشديد في الإلزام بالوعد قضاء على التيسير بالجواز.^(٤)

القول الثاني:

أن بيع المراجعة للآمر بالشراء غير جائز^(٥).

^(١) ينظر: بحث المراجعة للآمر بالشراء لبكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي ، العدد الخامس (٩٨٧/٢) ، بيع

المراجعة للآمر بالشراء لرفيق المصري ص (٢٦) .

^(٢) أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب: المناقب، باب: صفة النبي - صلى الله عليه وسلم - . ح (

٣٣٦٧)، (١٣٠٦/٣). وفي كتاب: الأدب. باب: قول النبي - صلى الله عليه وسلم - . ح (٥٧٧٥)، (٢٢٦٩/٥).

كتاب: الحدود. باب إقامة الحدود والانتقام لحرمة الله . ح (٦٤٠٤)، (٢٤٩١/٦). ومسلم في صحيحه، كتاب:

الفضائل. باب: مباحثته - صلى الله عليه وسلم - للآثام واختياره من المباح أسهله. ح (٦١٩٠)، (٨٠/٧). عن

عائشة - رضي الله عنها - .

^(٣) ينظر: بيع المراجعة للآمر بالشراء للقرضاوي ص (٢٢) ، بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (١٢٤) .

^(٤) ينظر: بيع المراجعة للأشقر ص (٢٩) ، صيغ التمويل بالمراجعة للربيع ص (١٢٦) .

^(٥) ممن قال به: بكر أبو زيد ، الصديق الضير ، علي السالوس ، رفيق المصري وغيرهم ، ينظر: بحوثهم في مجلة

المجمع الفقهي .

أدلتهم:

الدليل الأول:

أن الإلزام بالوعد على الشراء قبل امتلاك البائع محل الشراء يدخل في النهي عن بيع ما لا يملك ، وهذا الاتفاق في الحقيقة عقد ، وإذا جرى الاتفاق على هذا فهذا عقد باطل محرم ، لأن المصرف حينئذ يكون باع للعميل ما لا يملك^(١).

يعترض عليه:

١- " أن المصرف لا يعرض أن يبيع شيئاً ولكنه يتلقى أمراً بالشراء ، وهو لا يبيع حتى يملك ما هو مطلوب ، ويعرضه على المشتري الأمر ، ليرى ما إذا كان مطابقاً لما وصف " (٢).
فلا يسلم أن المواعدة على المراجعة من باب بيع ما ليس عند الإنسان ، فالبيع في المراجعة مؤجل إلى ما بعد شراء المصرف السلعة وتملكها ، أما مرحلة المواعدة فليس فيها بيع ، وإنما التزام من الطرفين على إتمام الصفقة بعد اكتمال مراحلها. (٣)

يجاب عنه:

أن عقد الشراء الذي يتم لاحقاً بعد وصول السلعة ما هو إلا تحصيل حاصل ، بدليل أنه بعد وصول السلعة محل الوعد بالشراء يستطيع البائع أن يلزم الواعد بالشراء بتنفيذ مقتضى عقد البيع ، أو بدفع التعويض عن طريق القضاء ، حتى لو كان الواعد بالشراء مصراً على رفض إبرام عقد البيع بعد وصول السلعة ، مما يدل على أن عقد البيع اللاحق مجرد تحصيل حاصل ، وما الوعد بالشراء إلا عقد بيع ولكن سمي بغير اسمه للتحايل على ما حرم الله^(٤).

٢- أن المعاملات المالية مبنية على مراعاة العلل والمصالح ومن أجل ذلك ، لا يجد الفقيه المسلم المعاصر حرجاً دينياً من البحث في العلة أو الحكمة أو الهدف من وراء النهي في الحديث النبوي لا تبع ما ليس عندك فقد يظهر له أن المقصود منه سد الذرائع إلى التنازع فقد يتورط في الارتباط والاتفاق على بيع ما ليس عنده ثم لا يجده في السوق ، ويعجز عن تسليمه لمن باعه

(١) ينظر: بحث المراجعة للأمر بالشراء لبكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، العدد الخامس (٢/ ٩٨٤ ،

٨٨٩) ، وللضير ٩٩٧/٢ ، بيع المراجعة للأشقر ص (٧) .

(٢) تطوير الأعمال المصرفية لسامي محمود ص (٤٣٣) .

(٣) ينظر: بيع المراجعة للأمر بالشراء للقرضاوي ص (٦٠) ، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة لعطية فياض ص

(٨٦) .

(٤) ينظر: صيغ التمويل بالمراجعة للربيعه ص (٧١) .

، وهنا يحدث النزاع الذي يحرص الإسلام على منعه ولا سيما أن سوق المدينة في ذلك الوقت كانت جد محدودة.

والوضع الآن مختلف والتاجر يستطيع بواسطة الهاتف الاتصال بأسواق العالم في برهة يسيرة وشراء ما يريد شراؤه أو حجز ما يريد من سلع في الوقت الذي يحده ، فقد نجد أن مقصود النهي هنا غير متحقق وأن الشيء المحذور منه -هو العجز عن التسليم أو النزاع -مأمون.^(١)

يجاب عنه:

١- أن دعوى علة النهي في الحديث هو سد الذرائع أو العجز عن التسليم ، ليس عليها دليل يدل عليها ، أو على حصرها في هاتين العلتين.

٢- أن من مصلحة جمهور المتعاملين في الأسواق ألا يسمح للتجار أن يبيعوا ما ليس عندهم ؛لكي لا يقع الناس ضحية جشع التجار في استغلال أموالهم مدة من الزمن ، ومن ثم ادعاؤهم العجز عن التسليم.

٣- أن دعوى العجز عن التسليم غير متحقق في أسواقنا دعوى لا يسلم بها ؛لأن الواقع يشهد على خلاف ذلك، مما يؤدي إلى النزاع.

٤- أن دعوى الشراء أو الحجز من أسواق العالم في برهة يسيرة دعوى غير صحيحة في جميع الحالات ؛ لأن الشراء غالبا يتم بواسطة فتح الاعتماد المستندي ، وهذا يستغرق بضعة أيام حتى يصل إلى البائع في بلده الذي يقوم بشحن البضاعة وإرسالها إلى المشتري ، وهذا يستغرق مدة طويلة غالبا^(٢).

الدليل الثاني:

أن هذه المعاملة من باب الحيلة على الإقراض بفائدة ، فحقيقة العقد: بيع نقد بنقد أكثر منه إلى أجل ، بينهما سلعة محللة^(٣)، وقد أشار لهذه العلة المالكية وعدوها من بيع العينة.

يعترض عليه: أن هناك فرقا بين بيع العينة والتحايل على الربا ، وبين المراجعة ، فالمراجعة بيع مقصود فيه حقيقة تملك السلعة للاستعمال أو الاتجار ، أما العينة فهي بيع صوري مقصود فيه القرض

(١) ينظر: بيع المراجعة للقرضاوي ص (١٨، ١٩) بتصرف .

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٧٨) .

(٣) ينظر: بحث المراجعة للأمر بالشراء لبكر أبو زيد ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بجدة ، العدد الخامس (٩٨٦/٢)

، بيع المراجعة للأشقر ص (٨) .

حقيقة ، وإذا كان التحايل للاقتراض بالربا محرم شرعا ، فإن البيع الخالي من الحيلة جائز بلا خلاف .^(١)

يجاب عنه: بأن هذا مسلم في صورة المراجعة مع الوعد غير الملزم ، أما المراجعة المركبة مع الوعد الملزم فهي حيلة على الربا.^(٢)

الدليل الثالث:

أن المراجعة المركبة داخلية في النهي عن بيعتين في بيعة .
ووجه دخولها: أن المواعدة إذا صارت ملزمة للطرفين ، صارت عقدا بعد أن كانت وعدا وكان هناك بيعتان في بيعة. فالبيعة الأولى بين المصرف وعميله المشتري ، والثانية بين المصرف والبائع.^(٣)
يعترض عليه: أن الراجح من تفسيرات بيعتين في بيعة هو أن يقول: أبيعكها بمائة إلى سنة على أن أشتريها منك بثمانين حالة.
وبهذا تكون صورة بيع المراجعة بعيدة عن هذا المفهوم ، لأنها مواعدة على بيع حقيقة لسلعة مطلوبة بالفعل ، فلا وجه لإدخالها في بيعتين في بيعة ، وإنما هي بيعة واحدة^(٤)

يجاب عنه:

١- أن الإلزام بالوعد في المراجعة يتنافى مع الرضا المطلوب شرعا في البيوع ، لا سيما على رأي من رأى أن للمصرف أن يشتري السلعة للعميل بدون تحديد الثمن في وقت المواعدة ، بل يقتصر على تحديد نسبة الربح إلى التكلفة ، فهذا رضا بالجهول ، والرضا بالجهول لا يصح في البيع^(٥)
٢- أن التركيب إذا أدى إلى محرم فإنه يكون حراما ، ويدخل في النهي عن بيعتين في بيعة ، والإلزام في المراجعة المركبة يؤدي إلى محرم ، وهو بيع الشخص ما لا يملك إضافة إلى جهالة الثمن في بعض الحالات^(٦).

(١) ينظر: بيع المراجعة للقرضاوي ص (٢٧، ٤٦) ، بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (١٤٢) ، التطبيقات المصرفية لبيع المراجعة لعطية فياض ص (٩٧) .

(٢) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٧٩) .

(٣) ينظر: بحث المراجعة للأمر بالشراء للضير ، مجلة مجمع الفقه الإسلامي بمكة ، العدد الخامس (٩٩٧/٢) .

(٤) ينظر: بيع المراجعة للقرضاوي ص (٥٣) ، بيع المراجعة لأحمد ملحم ص (١٤١) ، التطبيقات المصرفية

لعطية فياض ص (١٠٢) ، العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية لخمود حسن ص (٤٠) .

(٥) ينظر: بيع المراجعة للمصري ص (٣٥) بتصرف.

(٦) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٢٨٢) .

الدليل الرابع: نصوص الفقهاء وفتاوى العلماء.

فقد وردت نصوصا لدى المذاهب الأربعة تدل على اتفاقهم على منع المراجعة المركبة الملزمة للطرفين ، ومنها:

١- كتاب الحيل: "قلت: رأيت رجلا أمر رجلا أن يشتري دارا بألف درهم ، وأخبره أنه إن فعل اشتراها الأمر بألف درهم ومائة درهم ، فأراد المأمور شراء الدار ، ثم خاف إن اشتراها أن يبدو للأمر فلا يأخذها فتبقى في يد المأمور ، كيف الحيلة في ذلك؟ ، قال: يشتري المأمور الدار عل أنه بالخيار فيها ثلاثة أيام ويقبضها ، ويجيء الأمر ويبدأ فيقول: قد أخذت منك هذه الدار بألف ومائة درهم ، فيقول المأمور: هي لك بذلك ، فيكون ذلك للأمر لازما ، ويكون استيجابا من المأمور للمشتري ، أي ولا يقل المأمور مبتدئا بعثك إياها بألف ومائة ، لأن خياره يسقط بذلك فيفقد حقه في إعادة البيت إلى بائعه ، وإن لم يرغب الأمر في شرائها تمكن المأمور من ردها بشرط الخيار ، فيدفع عنه الضرر بذلك" (١).

فلو كان من الممكن أن يكون الوعد بالبيع أو بالشراء ملزما لما احتاج المأمور أن يشتري بالخيار لثلاثة أيام أو غيرها . وفي النص ما يدل على أن الأمر بالشراء غير ملزم بالشراء ، فقد يأمره بالشراء ثم يبدو له ألا يشتري فهو بالخيار: إن شاء اشترى ، وإن شاء ترك. (٢).

٢- كتاب القوانين الفقهية : " إن العينة ثلاثة أقسام: الأول: أن يقول رجل لآخر : اشتر لي سلعة بعشرة ، وأعطيك خمسة عشر إلى أجل فهذا ربا حرام ، والثاني: أن يقول له : اشتر لي سلعة وأنا أربحك فيها ، ولم يسم الثمن ، فهذا مكروه ، والثالث: أن يطلب السلعة عنده فلا يجدها ، ثم يشتريها الآخر من غير أمره ويقول: قد اشتريت السلعة التي طلبت مني ، فاشترها مني إن شئت ، فهذا جائز" (٣).

(١) محمد بن الحسن الشيباني ، ينظر: العقود المالية المركبة ص (٧٩ ، ١٢٧) .

(٢) ينظر: الحيل لمحمد بن الحسن الشيباني ، ص (١٢٧ ، ٧٩) ، بيع المراجعة للمصري ص (٣٣) ، العقود المالية

المركبة ص (٢٨٢) .

(٣) لابن الجزي ص (٢٨٤) ، ينظر: الكافي لابن عبد البر (٦٧٢/٢) ، المنتقى (٣٨/٥) .

القواعد الأصولية المطبقة على مراجعة الأمر بالشراء

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء والمعاملات.

المجيزون لعقد مراجعة الأمر بالشراء اعتمدوا في إباحتها على هذه القاعدة بناء على عدم وجود ما يدل على دخولها تحت النصوص المحرمة ، أما القائلين بالتحريم فبناء على أنها من بيع الإنسان ما لا يملك.

القاعدة الثانية: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب.

القائلون بتحريمها لكونها داخلية تحت : لا تبع ما ليس عندك ، وهي وسيلة للقرض الربوي ، يحرمونها على اعتبار أن ترك العمل بها موصل لترك الحرام ، ولا يتم تركه إلا بتركها ، فوجب لذلك تحريمهم للتعامل بها.

القاعدة الثالثة: التيسير ورفع الحرج.

من أجاز الأخذ بالمراجعة التي تمت بوعده ملزم على اعتبار أن الرأي المعتمد لإلزام الوعد رأي يوافق التيسير على الأمة ، ورفع الحرج عنها خاصة فيما يتطلب تلبية حاجاتها.

القاعدة الرابعة: الوسائل لها أحكام المقاصد.

التركيب في مراجعة الأمر بالشراء إذا أدى إلى محرم كبيع ما لا يملك أو الجهالة في الثمن يكون حراما على اعتبار أن التركيب وسيلة ستفضي إلى الحرام.

القاعدة الخامسة: إبطال الحيل.

المبيحون لمراجعة الأمر بالشراء بالوعد قالوا: لا تدخل هذه المعاملة في حديث بيع الإنسان ما لا يملك لأنها ليست بيعا وإنما وعدا ، فالبيع يتم بعد شراء المصرف للسلعة ، أما مرحلة المواعدة فليس فيها بيع وإنما التزام بين طرفين ، واعتبر المحرمون هذا الاستدلال من التحايل بالتسميات ، فتسمية الشيء بغير اسمه حيلة على اعتبار أن أحد الطرفين إن قرر عدم إتمام البيع فإنه يلزم بذلك قضاء ، وعليه تحمل الأضرار الواقعة على الطرف الآخر ، فيعتبر الوعد التزاما بالبيع ، وتترتب عليه نفس آثار البيع.

وأيضا اعتبروا المراجعة المركبة مع الوعد بالإلزام حيلة للإقراض بفائدة لأنها بيع نقد بنقد أكثر منه إلى أجل ، وبينهما سلعة محللة ، فكان هذا تحايلا للربا.

المبحث الخامس التأمين

ملهيّد

إن عقد التأمين مكوّن أساسي في القطاع المالي للاقتصاد الحديث ، وقد أصبح رافداً من روافد النظام المصرفي ، وانتشرت أعماله وتوسّعت مجالاته في كافة القطاعات ، وهو في أصل نشأته بني على عقود ربوية مبنية على الغرر والمقامرة ، واستطاعت شركاته من خلالها توفير سيولة مالية جمعتها من خلال هذا النوع من التعاقد .

ومن هنا تظهر الحاجة لدراسة تأصيلية لعقد التأمين ، وعن كيفية تطبيق القواعد والضوابط الشرعية عليه ؛ وإمكانية خلوه مما يحويه من الربا والغرر في أصله .

عقد التأمين: عبارة عن نظام تعاقدّي يقوم على أساس المعاوضة ، حيث يلتزم طرف لآخر بتعويض نقدي حال المخاطر الطارئة بحسب المبين في العقد مقابل ما يدفعه الطرف الآخر من مبلغ نقدي في قسط أو نحوه ، وغايته التعاون على ترميم أضرار تلك المخاطر المحتملة ، ويتم بواسطة هيئات منظمة تراول عقودهم بصورة فنية قائمة على أسس وقواعد إحصائية^(١).

أنواعه:

سأعتمد منها التقسيم باعتبار طبيعة التأمين لأن أثر الاختلاف في حكم التأمين يعتمد عليها ، وهي كما يلي:

النوع الأول: التأمين بقسط ثابت (التأمين التجاري):

وهو الذي تقوم به شركة مساهمة يكون غرضها الأساسي تحقيق الربح عن طريق إجراء المقاصة بين المخاطر والأقساط الثابتة الواقعة على عاتق المستأمن في مقابل تحمل ما يتحقق من مخاطر تتحملها الشركة المؤمنة وحدها دون تضامن مع المستأمنين ، حيث تدفع مبلغ التأمين ، وما يتبقى يكون خاصاً بها.

(١) ينظر: نظام التأمين للزرقا ص (١٩) ، التأمين وأحكامه للثنيان ص (٤٠) .

حكمه:

اختلفوا في الحكم عليه على ثلاثة أقوال إجمالاً:

القول الأول:

عدم جواز عقد التأمين التجاري^(١).

أدلتهم:

١- أنه يشتمل على الغرر المنهي عنه في الحديث الصحيح. عن أبي هريرة - رضي الله عنه - قال: (هـى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر)^(٢).

وجه الدلالة: النهي عن الغرر يعم جميع المعاملات والعقود التي يحصل فيها نوع غرر ، والغرر: " ما يكون مستور العاقبة " ^(٣) ، فقد يحصل أحد العوضين ويوجد وقد لا يحصل ، وهو حاصل في عقد التأمين التجاري حيث إن مبلغ التأمين الذي هو دين في ذمة الشركة غير محقق الوجود ، لأن وجوده يتوقف على وجود الخطر المؤمن منه ، وإن وجد وجد ، وإن انتفى لم يوجد ^(٤) ، والغرر فيه فاحش كثير ، والمخاطر فيه محتملة الوقوع ، ويتضمن أيضاً غرراً من ناحية جهل المستأمن بمقدار ما سيأخذ ، وجهلاً في الأجل حيث تلتزم شركة التأمين بدفع مبلغ التأمين عند وفاة المستأمن ، وهو أجل مجهول. فدلّت أنواع الغرر فيه على تحريمه.

٣- أنه يتضمن الربا بنوعيه ، لأن حقيقته بيع نقد بنقد ، حيث يتفق المستأمن مع شركة التأمين على أن يدفع قسط التأمين مقابل أخذه لمبلغ التأمين عند حدوث الخطر ، والمبلغ الذي يأخذه المستأمن بعد أجل يحتمل أن يكون مساوياً لما دفعه ، أو متفاضلاً : فإن كان مساوياً وأخذه بعد أجل كان ربا نسيئة ، وإن كان متفاضلاً وأخذه بعد أجل كان ربا فضل و ربا نسيئة ، والربا يفسد عقد التأمين بالإتفاق.

(١) قال به جمع من العلماء منهم: محمد بن حيت المطيعي ، أحمد إبراهيم الحسيني ، عبد الرحمن قراة ، محمد أبو زهرة ،

عبد الله القليلي ، الصديق الضير ينظر: المعاملات المالية المعاصرة محمد شبير ص (١١٦) .

(٢) أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب: البيوع. باب: بطلان بيع الحصاة ، والبيع الذي فيه غرر. ح (٣٨٨١)، (٣/٥).

عن أبي هريرة - رضي الله عنه - .

(٣) المبسوط (١٩٤/١٣) .

(٤) ينظر: حكم الشريعة الإسلامية في عقود التأمين لحسين حماد ص (٦٦) .

٣- أنه متضمن للميسر (القمار) ، وقد حرم في قوله تعالى : ﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحَمْرُ

وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَأَجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾

[المائدة : ٩٠-٩١] ، والميسر كما عرفه ابن تيمية: " أخذ مال الإنسان ، وهو على مخاطرة هل يحصل له عوض أو لا يحصل " (١).

فالميسر موجب للغرر ، وهذا متحقق في التأمين التجاري ، فالمستأمن لا يعرف إن كان سيحصل على العوض أو لا ، لأن حصوله على العوض متوقف على حدوث المخاطر ، وهو احتمال ، فدل على تحريمه.

٤- أنه متضمن لبيع الدين بالدين ، وهو بيع شيء في الذمة بشيء في الذمة ، وعقد التأمين يتضمن بيع دين بدين من حيث إن الأقساط التي يدفعها المستأمن دين في ذمته ، ومبلغ التأمين الذي ستدفعه الشركة دين في ذمتها ، فظهرت بذلك حرمة (٢).

القول الثاني:

جواز عقد التأمين التجاري (٣).

أدلتهم:

١- قاعدة: الأصل في العقود والشروط الإباحة ، ما دام التأمين لا يحتوي على محظور شرعي من حيث كونه عقداً ، فلا يسلم بكون المقامرة داخلية فيه ، والغرر فيه من المسموح المغتفر ، والربا يمكن أن يوضع عنه ، ووجوده بسبب فعل الشركات لا من حيث التأمين كعقد ، فيمكن إبعاده عنه.

٢- قياس التأمين التجاري على نظام العاقلة عند القتل الخطأ ، ووجه الشبه بينهما: أنهما يشتركان في تخفيف أثر المصيبة عن المصاب بتوزيع قيمة الدفع على مجموع من الأفراد بهدف التناصر فيما بينهم ، وهو ملزم في العاقلة بحكم الشرع ، ويكون ملزماً هنا بحكم العقد (٤).

٣- تخريجه على عقد الموالاة: وهو أن يقول مجهول النسب لرجل معروف النسب : أنت ولبي ترثني إذا مت ، وتعقل عني إذا جنيت ، وهو جائز عند الحنفية (٥).

(١) ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٧٦/٢٨) ، (٢٢/٣٢) .

(٢) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (١٢٢) .

(٣) منهم: الشيخ عبد الوهاب خلاص ، علي الخفيف ، عبد الرحمن عيسى ، مصطفى الزرقاء ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (١٢٢) .

(٤) ينظر: المرجع السابق ص (١٢٣) .

(٥) ينظر: بدائع الصنائع (١٧٠/٤) .

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتَوْهُمْ نَصِيحَهُمْ إِنَّ اللَّهَ

كَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ شَهِيدًا﴾ [النساء: ٣٣] ، ووجه الشبه بينهما: المسؤولية القائمة

بهذا التعاقد فشركة التأمين تشبه مولى الموالاة ، والمستأمن يشبه المعقول عنه ، والعوض الذي تلتزم به الشركة يشبه الدية التي يدفعها مولى الموالاة ، في مقابل العوض الذي يدفعه المعقول عنه وهو التركة ، ويشبه في عقد التأمين أقساط التأمين التي يدفعها المؤمن له ^(١) .

٤- تخريجه على مسألة : ضمان خطر الطريق ، وهي جائزة عند الحنفية ^(٢) ، وصورتها: أن يقول رجل لآخر : اسلك هذا الطريق فإنه آمن ، وإن أصابك فيه شيء فأنا ضامن ، فسلكه فؤخذ ماله ، ضمن القائل ، ووجه الشبه بينهما من حيث التزام الضمان عند الشركة والقائل ^(٣) .

القول الثالث:

فرق بين التأمين على الأموال كالسيارات وغيرها ، وبين التأمين على الحياة ، فأجازوا التأمين على الأموال دون الحياة ^(٤) .

دليلهم:

أن التأمين على الحياة لا حاجة له ، وانطبقت عليه أدلة المحرمين بعكس التأمين على الأموال ^(٥)

النوع الثاني: التأمين التعاوني:

هو أن تتعاون مجموعة من الناس بالتبرع بدفع مبلغ إلى صندوق خاص بهم لتعويض خسائر الخطر الذي قد يتعرض لها أحدهم ، مثل أن يقوم أهل السوق بإنشاء صندوق تعاوني من أموالهم بحيث يقيم كل منهم حصته منه ويرصد المبلغ في صندوق للطوارئ بحيث يؤدي منه تعويض لأي مشترك منهم عندما يقع الخطر الذي أسس الصندوق لدفعه كخطر السرقة أو الإحراق ^(٦) .

(١) ينظر: المعاملات المالية المعاصرة ص (١٢٤ ، ١٢٥) .

(٢) ينظر: حاشية ابن عابدين (١٧٠/٤) .

(٣) ينظر: نظام التأمين للزرقاء ص (٥٨) .

(٤) منهم: محمد بن الحسن الفاسي ، عبد الله آل محمود . ينظر: المعاملات المالية المعاصرة لشبير ص (١٢٧) .

(٥) المرجع السابق ص (١٢٧) .

(٦) ينظر: التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية ص (١٨) .

صور للتأمين التعاوني :

الصورة الأولى: التأمين التعاوني البسيط.

"هو تعاون مجموعة من الأشخاص ممن يتعرضون لنوع من المخاطر على تعويض الخسارة التي قد تصيب أحدهم ، عن طريق اكتسابهم بمبالغ نقدية ليؤدي منها التعويض لأي مكتتب منهم عندما يقع الخطر المؤمن منه"^(١) .

حكمه:

جائز شرعا بلا شبهة ، وهو داخل في المأمور به من التعاون على البر والتقوى^(٢).

الصورة الثانية: التأمين التعاوني المركب من عقد التأمين والإجارة.

وقد نشأ نظرا لتطور أساليب التأمين التعاوني ، ولكثرة المشتركين فيه ، فلزم الأمر أن يكون هناك إدارة تتولى تنظيم العملية التأمينية ، وتأخذ مقابل ذلك أجرا مقطوعا. وقد احتوت عقدين:

- ١- عقد تأمين بين المستأمنين فيما بينهم ، يقوم على تبرع كل فرد بمبلغ يساهم به في صندوق التأمين ويكون المبلغ ملكا للصندوق ، ولا يكون للمتبرع عليه يد ، وعند حدوث كارثة لأحد الأفراد فإنه يعرض من المتوافر في هذا الصندوق ، وهو عقد تبرع.
- ٢- عقد إجارة بين المستأمنين والقائمين على الإدارة يلتزم الصندوق فيه بدفع مبلغ مقابل للإدارة ، وهو مبلغ مقطوع يتفق عليه يدفع أجرة للقائمين على الإدارة ، وهو عقد معاوضة.

حكمها:

الجواز ، حيث إن العقدين لم يردا على محل واحد ، ولم يشترط أحدهما الآخر ، وإنما وجد عقد الإجارة لتنظيم إدارة عقد التأمين ، والانتفاع حاصل للمستأمنين وللإدارة بلا ضرر ، فكان اجتماعهما جائزا^(٣).

(١) ينظر: نظام التأمين الزرقاء ص (٤٣، ٤٢) ، التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية ص (١٩٥) .

(٢) أحيزت من مجمع البحوث الإسلامية بالقاهرة ١٣٨٥هـ ، ومن مجمع الفقه الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي ١٣٩٢هـ ، ينظر: التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية ص (١٩٥) .

(٣) ينظر: العقود المالية المركبة ص (٣٠٧-٣٠٩) باختصار .

الصورة الثالثة: التأمين التعاوني المركب من عقد التأمين والإجارة والمضاربة.

بيانه:

تقوم الإدارة باستثمار أموال يساهم بها المستأمنون في صندوق استثماري بجانب صندوق التأمين ، فإن كان المال المستثمر مستقلا عن المال المدفوع في صندوق التأمين ، ولم يلزم المستأمن بالاستثمار أمكن الجمع بين العقدين بلا أضرار أو آثار مخالفة للشريعة ، لانفصال العقدين ، والمالين ، أما إن ألزم بالاستثمار في الصندوق الاستثماري فسيدخل في الخلاف الوارد سابقا عن اشتراط عقد في عقد ، ويؤخذ في الاعتبار أن التأمين التعاوني إذا كان القصد منه المعاوضة فهو من قبيل التأمين التجاري المحرم لا التعاوني ، وأنه قد يقارنه بعض الشروط أو العقود التي تخرج به عن موضوعه الأصلي وهو التبرع. ويبقى النظر في مسألة المصروفات والتكاليف وهي مشتركة بين صندوق التأمين وصندوق الاستثمار فلا بد من وضع شروط لحساب المصروفات ، وتحمل على كل من الصندوقين حسب العدل أو ما يتفق عليه ، ويتفق على طريقة توزيع الأرباح ^(١)

حكم التأمين التعاوني:

"اتفق المعاصرون والمجامع الفقهية على جواز التأمين التعاوني بنوعيه ، إلا إذا تعاملت إدارة الشركة بالخرمات مثل الربا ونحوه" ، والأصل فيه أنه عقد تبرع فلا يداخله الغرر كالتأمين التجاري ، وفي الواقع صور لا يتبين بدقة هل هي عقد معاوضة أو عقد تبرع أو أنها تبرع غير محض وفيه شائبة معاوضة ، أو أنها عقد معاوضة وفيه نوع تبرع ^(٢) ، وقد يكمن الإشكال فيها أحيانا لهذا السبب.

أدلة جواز التأمين التعاوني:

١- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [سورة

المائدة: ٢]

وجه الدلالة: دعوة المسلم إلى التعاون مع إخوانه ، وصنع المعروف لهم ، ومشاركتهم في تخفيف آلامهم ، والأضرار عنهم ، وهذا متحقق في التأمين التعاوني ^(٣) ، ففي بعض صوره: التبرع

(١) ينظر: المرجع السابق.

(٢) العقود المركبة ص (٢٩٨-٢٩٩) .

(٣) ينظر: التأمين الإسلامي لأحمد ملحم ص (٦٨) .

الذي يقصد به مساعدة المحتاج والمنكوب ، ولا يعود منه شيء للمشاركين ، أو التعاون بين مجموعة حلت بهم كارثة أو مصيبة ، ومساعدة بعضهم بعضا لترميم آثارها ^(١).

٢- قال صلى الله عليه وسلم: (إن الأشعرين إذا أرملوا في الغزو ، أو قل طعام عيالهم بالمدينة ، جمعوا ما كان عندهم في ثوب واحد ، ثم اقتسموه بينهم في إناء واحد بالسوية ، فهم مني وأنا منهم) ^(٢)

وجه الدلالة: أن فعل الأشعرين تعاون جماعي بين الأقرباء ، لدفع الحاجة عن أفرادهم ، وهو تبرع لا إلزام فيه ولا تقدير ^(٣) ، والمقصد فيه التكافل ، فلا يقدر فيه حجم للغرر ، مع وجود من يعطي الكثير ولا يعود إليه إلا القليل ، ، فدل ذلك على أن قصد التعاون والبر يغتفر معه ما لا يغتفر في المعاوضات ^(٤).

٣- عن جابر بن عبد الله أنه قال : بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثا على الساحل ، فأمر أبا عبيدة بن الجراح ، وهم ثلاثمائة وأنا فيهم فخرجنا حتى إذا كنا ببعض الطريق فني الزاد ، فأمر أبو عبيدة بأزواد ذلك الجيش فجمع ذلك كله ، فكان مِزْوَدِي تمر ، فكان يقوتنا كل يوم قليلا قليلا حتى فني ، فلم يكن يصينا إلا تمرة تمر ، فقلت: وما تغني تمر ؟ ، فقال: لقد وجدنا فقدها حين فني ، قال: ثم انتهينا إلى البحر ، فإذا حوت مثل الطرب ، فأكل منه ذلك الجيش ثماني عشرة ليلة....) ^(٥).

وجه الدلالة: أن ما فعله أبو عبيدة هو نوع من التكافل والتعاون بين أفراد الجيش ، حيث جمع كل ما عند أفراد المجموعة من طعام كثير أو قليل ، ثم وزعه بينهم بالسوية ، وواضح أنه لا مجال للكلام عن الغرر أو الربا أو نحوهما ، مما يفسد عقود المعاوضات ؛ لأن الأمر هنا ليس

^(١) ينظر: عقود التأمين لبلتاجي ، ص (١٨٥) ، التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية للقره داغي ، ص (٢٠١)

، التأمين الإسلامي لأحمد ملحم ص (٦٦) ، التأمين للثنيان ، ص (٢٧١) .

^(٢) أخرجه البخاري في صحيحه ، كتاب: الشركة. باب: الشركة في الطعام والنهد والعروض. ح (٢٣٥٤)

، (٨٨٠/٢) . ومسلم في صحيحه: كتاب: فضائل الصحابة - رضي الله عنهم - . باب من فضائل الأشعرين - رضي الله عنهم - . ح (٦٥٦٤) . (١٧١/٧) . عن أبي موسى الأشعري - رضي الله عنه - .

^(٣) ينظر: العقود المالية المركبة ، ص (٢٩٨ ، ٢٩٩) .

^(٤) ينظر: عقود التأمين لبلتاجي ، ص (١٨٧) .

^(٥) أخرجه البخاري في باب الشركة في الطعام والنهد والعروض من كتاب الشركة حديث رقم ٢٤٨٣ ، ينظر:

صحيح البخاري (٧٤٧/٢) .

للتجارة والربح ، وإنما هو تكافل وتعاون لمواجهة خطر الجوع ، مع أن بعضهم أكل أكثر مما قدم ، وبعضهم أكل أقل مما قدم ^(١) .

اعتراض: لا يسلم أن التأمين التعاوني تبرع ، بل هو معاوضة ؛ لأن (أ تبرع لك بشرط أن تبرع لي) هذه معاوضة لا تبرع. فالتبرع بذل مال لا يقابله عوض. والمعاوضة عوض في مقابل عوض. وعلى هذا فقد لا يكون هناك فرق في الحكم الشرعي بين التجاري والتعاوني ^(٢) .

أجيب عنه: أحاديث الباب تدل على أن التعاون قائم على التبرع مقابل التبرع ، يتبرع كل بما عنده على أن يتقاسموه بينهم بالسوية. فالفرد يتبرع بماله على أن يحصل على قدر نصيبه ، ولو كانا شخصين فقط ، وقررا أن يقتسما مالههما بالسوية ، لكان هذا تبرعا في مقابل تبرع ، يتبرع أحدهما بنصف ماله للآخر ، على أن يتبرع الآخر بنصف ماله للأول. ومع ذلك فلا يقال إن هذه معاوضة يراد بها الربح، بل هو تبرع حقيقة من كلا الطرفين ، وإن كان فيها شوب معاوضة ، ونظير ذلك القرض الخالي من الربا فهو تبرع وإحسان ، مع أن شائبة المعاوضة ^(٣) .

وقد طرح مجلس هيئة كبار العلماء في الرياض في جلسته المنعقدة في ١٣٩٧/٤/٤هـ — البديل الشرعي ، والذي وافق عليه الجمع الفقهي حيث جاء في قراره:

قرر مجلس الجمع الفقهي بالإجماع الموافقة على قرار مجلس هيئة كبار العلماء في المملكة العربية السعودية رقم (٥١) وتاريخ ١٣٩٧/٤/٤هـ من جواز التأمين التعاوني بدلا من التأمين التجاري المحرم للأدلة التالية:

- ١- أن التأمين التعاوني من عقود التبرع التي يقصد بها أصالة التعاون على تفتيت الأخطار والاشتراك في تحمل المسؤولية عند نزول الكوارث ، وذلك عن طريق إسهام أشخاص بمبالغ نقدية تخصص لتعويض من يصيبه الضرر ، فجماعة التأمين التعاوني لا يستهدفون تجارة ولا ربحا من أموال غيرهم ، وإنما يقصدون توزيع الأخطار بينهم على تحمل الضرر.
- ٢- خلو التأمين التعاوني من الربا بنوعيه: ربا الفضل وربا النساء ، فليس عقود المساهمين ربوية ، ولا يستغلون ما جمع من الأقساط في معاملات ربوية.
- ٣- أنه لا يضر جهل المساهمين في التأمين التعاوني بتحديد ما يعود عليهم من النفع ؛ لأنهم متبرعون فلا مخاطرة ولا ضرر ولا غرر ولا مقامرة بخلاف التأمين التجاري ، فإنه عقد معاوضة مالية تجارية.

(١) ينظر: عقود التأمين لبلتاجي ص (١٨٨) .

(٢) ينظر: الخطر والتأمين للمصري ص (٦٢) .

(٣) ينظر: وقفات في قضية التأمين للسويلم ص (١٦) بتصرف.

٤- قيام جماعة من المساهمين أو من يمثلهم باستثمار ما جمع من الأقساط لتحقيق الغرض الذي من أجله أنشئ هذا التعاون سواء كان القيام بذلك تبرعا أو مقابل أجر معين.

ورأى المجلس أن يكون التأمين التعاوني على شكل شركة تأمينية تعاونية مختلطة.

ويرى المجلس أن يراعى في وضع المواد التفصيلية للعمل بالتأمين التعاوني الأسس التالية:

١- أن يكون لمنظمة التأمين التعاوني مركزه فروع في كافة المدن ، وأن يكون بالمنظمة أقسام تتوزع بحسب الأخطار المراد تغطيتها ، وبحسب مختلف فئات ومهن المتعاونين: كأن يكون هناك قسم للتأمين الصحي ، وثان للتأمين ضد العجز والشيخوخة ... الخ ، أو أن يكون قسم لتأمين الباعة المتجولين ، وآخر للتجار ، وثالث للطلبة ، ورابع لأصحاب المهن الحرة : كالمهندسين والأطباء والمحامين.

٢- أن تكون منظمة التأمين التعاوني على درجة كبيرة من المرونة والبعد عن الأساليب المعقدة.

٣- أن يكون للمنظمة مجلس أعلى يقرر خطط العمل ، ويقترح ما يلزمها من لوائح وقرارات تكون نافذة إذا اتفقت مع قواعد الشريعة.

٤- يمثل الحكومة في هذا المجلس من تختاره من الأعضاء ، ويمثل المساهمين من يختارونه ، ليكونوا أعضاء في المجلس ليساعد ذلك على إشراف الحكومة عليها واطمئنانها على سلامة سيرها وحفظها من التلاعب والفسل .

٥- إذا تجاوزت المخاطر موارد الصندوق بما قد يستلزم زيادة الأقساط فتقوم الدولة والمشترون بتحمل هذه الزيادة^(١).

(١) ينظر: نظام التأمين وموقف الشريعة منه لفصيل مولوي ص (١٦٣) .

القواعد الأصولية المطبقة على التأمين

القاعدة الأولى: الأصل في الأشياء والمعاملات.

رأي المبيحين : مادام عقد التأمين لا يحتوي على محذور شرعي من حيث كونه عقد فالمقامة ليست داخلية فيه ، والغرر فيه من المسموح المغتفر ، والربا يمكن أن يوضع عنه فالأصل إباحته.

القاعدة الثانية: الباطل والفاسد.

الغرر والجهالة والربا من الأوصاف التي إن قارنت العقد أفسدته ، وهي من الأوصاف التي اختلف في احتواء عقد التأمين التجاري عليها ، وعلى اعتبار ذلك فإن العقد عند الجمهور لا يترتب عليه آثاره الشرعية من انتقال الملك وغيره ، بينما عند الأحناف ينتقل به الملك إن تم التقابض مع الإثم.

القاعدة الثالثة: جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع.

عندما قاس المجيزون للتأمين التجاري هذا النوع من التأمين على نظام العاقلة عند القتل الخطأ كان قياسهم بجامع تخفيف أثر المصيبة عن المصاب ، وصلة النسب سبب ملزم لتحمل عن المصاب ، فالتعاقد على التحمل سبب ملزم لتحمل عن المصاب.

القاعدة الرابعة: الوسائل لها أحكام المقاصد.

يقصد بعقد التأمين التبرع فكل وسيلة تحقق هذا الغرض تباح وتطلب ، وفي المقابل كل ما يؤدي لجعل عقد التأمين عقد معاوضة محضة فهو محرم ، لهذا حرم التأمين التجاري من قال بتحريمه ، وأباح في المقابل التعاوني لكون كل منهما يتبع في حكمه مقصده.

الفصل الخامس

الضوابط التي يجب مراعاتها في العقود المستجدة

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول : تعريف الضابط

المبحث الثاني : الضوابط التي يتوصل إليها من الدراسة والبحث

المبحث الأول

تعريف الضابط

تعريف الضابط لغة:

مأخوذ من مادة : (ض ب ط) ، والضبط: لزوم الشيء وحفظه ، وضبط الشيء : حفظه بالحزم^(١).

تعريف الضابط اصطلاحاً:

اتجه الفقهاء في تعريف الضابط إلى اتجاهين:

١- من لم يفرق بين الضابط والقاعدة فعرفهما بتعريف واحد ، فقالوا: الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته^(٢).

٢- من فرق بينهما فخص الضابط بتعريف خاص ، وأولهم السبكي^(٣) حيث قال: "الغالب فيما اختص باب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطاً"^(٤) ، وكذلك الزركشي بقوله: " ما لا يخص باباً من أبواب الفقه ، وهو المراد هنا ، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء ، وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط"^(٥) ، وأصبح هذا التعريف للضابط بعدها هو الشائع عند الفقهاء

وهذا التعريف ليس هو التعريف المقصود في هذا الفصل ، وإنما يقصد به :

الأمر التي إذا روعيت عند البحث عن حكم عقد من العقود المستجدة يتوصل بها إلى الحكم الأقرب إلى الصواب فيها، فينضبط الحكم بها من الحرمة إلى الإباحة.

(١) ينظر: أساس البلاغة ص (٣٧٠) ، المصباح المنير ص (١٣٥) ، لسان العرب (٣٤٠/٧) .

(٢) ينظر: التحرير بشرح التقري والتحرير (٩٢/١) ، المعجم الوسيط ص (٥٣٣) .

(٣) سبق التعريف به ، ص (٣٥) .

(٤) الأشباه والنظائر لابن السبكي (١١/١) .

(٥) تشنيف المسامع ص (٩١٩) ، ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٦٦) ، الفروق (١١٩/١) ،

الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٤٤٩) .

المبحث الثاني

الضوابط التي يتوصل إليها من الدراسة

للعقود المستجدة ضوابط خاصة بها ، وضوابط تشترك فيها مع غيرها من العقود .
وعليه ، فقد قسمت الضوابط في هذا الفصل إلى قسمين:

١ - ضوابط عامة للعقود:

وهذه الضوابط يجب أن تتوفر في أي عقد ليتسم هذا العقد بمشروعيته ، ويسلم من العوارض التي تسلبه السلامة والصحة ، وهي كما يلي:

أولاً: سلامة العقد من الربا وشبهته.

وهذا من أوجب ما على الناظر في حكم العقود المستجدة العناية به ، فإنه لا يخفى شديد حرمة عند الله ، ويكفي قول النبي صلى الله عليه وسلم: (درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد عند الله من ست وثلاثين زنية)^(١) ، وفي حديث آخر: (لعن الله أكل الربا ومؤكله وكاتبه وشاهديه) ، وقال: (هم سواء)^(٢).

والربا نوعان: ربا النسيئة ، وهو ربا الجاهلية ، " ومعلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضاً مؤجلاً بزيادة مشروطة فكانت الزيادة بدلاً من الأجل فأبطله الله تعالى وحرمه " ^(٣) ، وهذا النوع من الربا هو الشائع في المصارف الربوية وتسمى (الفائدة).

أما ربا الفضل : فهو زيادة حاصلة عند تبادل صنفين متحدي الجنس من الأصناف الربوية التي وردت في قوله صلى الله عليه وسلم: (الذهب بالذهب ، والفضة بالفضة ، والبر بالبر ، والشعير بالشعير ، والتمر بالتمر ، والملح بالملح ، مثلاً بمثل سواء بسواء ، يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد)^(٤).

(١) أخرجه أحمد في المسند ٢٢٥/٥ ، قال في مجمع الزوائد: "ورجال أحمد رجال الصحيح" ١١٧/٤

(٢) رواه مسلم في صحيحه بشرح النووي ٢٦/١١

(٣) أحكام القرآن للجصاص ص (١٨٦/٢) .

(٤) رواه مسلم في صحيحه ٣٢/١١

والحق أن العقود المستجدة المطبقة في هذا الزمان حفلت بصور كثيرة للربا سواء كان ظاهرا أو مستترا بصورة مختلفة تؤدي إلى نفس نتائج الربا ، مما يوجب حرصا أشد للخروج من الوقوع في أي شبهة للربا تورث الفرد والمجتمع النتائج الوخيمة للربا.

ثانيا: سلامة العقد من الجهالة و الغرر الفاحش .

بني الإسلام معاملاته على السلامة من كل ما يوغر الصدور ، وينبت الأحقاد ، والغرر والجهالة فيها نوع غموض ، واستتار لا يظهر للمتعامل من أول وهلة ، فيغتر بالمعاملة لشديد حاجته ، أو قلّة دربته .

ونهي النبي صلى الله عليه وسلم عن الغرر والجهالة مبدأ من المبادئ المهمة في ضبط حكم عقود المعاوضات خصوصا ؛ لما له من أثر عليها ، فالغرر المؤثر فيها إما أن يكون في صيغة العقد كأن يقول البائع : بعتك هذه السلعة نقدا بألف دينار ، ودينا لمدة عام بألف دينار ومائة دينار ، وإما أن يكون في محل العقد وهو العقود عليه ، من حيث ذات المبيع ، أو جنسه ، أو نوعه ، أو صفته ، أو مقداره ، أو أجله ، أو عدم القدرة على تسليمه ، أو التعاقد على المحل المعدوم ، أو عدم رؤيته في غير الموصوف (١) وقد قرر القرافي (٢) -رحمه الله-: أن " الغرر والجهالة ثلاثة أقسام: كثير ممتنع إجماعا كالطير في الهواء ، وقليل جائز إجماعا كأساس الدار ، وقطن الجبة ، ومتوسط اختلف فيه " (٣).

ومن المعلوم أن يسير الغرر مغتفر ، ولا يؤثر في صحة العقد ، والغرر اليسير هو ما كان غير مقصود ، والجهل به لا يضر ، ومنه أن يكون الغرر في التابع ؛ لأنه يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها كصحة بيع الثمرة التي لم يبد صلاحها مع أصلها (٤).

وقد وضع الإمام النووي (٥) -رحمه الله- ضابطا جيدا فقال: " قال العلماء مدار البطلان بسبب الغرر ، والصحة مع وجوده هو إذا دعت الحاجة إلى ارتكاب الغرر ، ولا يمكن الاحتراز عنه إلا بمشقة ، أو كان الغرر حقيرا جاز البيع وإلا فلا " (٦).

(١) ينظر: بدائع الصنائع (١٥٦/٥) ، القوانين الفقهية ص (٢٧٢) ، مغني المحتاج (١٦/٢) ، كشف القناع (

١٦٣/٣) .

(٢) سبق التعريف به ، ص (٣٦) .

(٣) الفروق (٢٦٦، ٢٦٥/٣) .

(٤) ينظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص (١٢٠) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص (١٢١) .

(٥) سبق التعريف به ، ص (١٣٤) .

(٦) المجموع (٢٥٨/٩) .

ثالثا: سلامة العقد من أكل أموال الناس بالباطل.

والأصل فيها قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾ [النساء: ٢٩]

وقد اشترط القرآن لجواز أكل أموال الناس شرطين:

- ١- أن يكون من خلال عقد صحيح مشروع، أو عقد غير مخالف لشرع الله.
- ٢- أن يتحقق في تلك التجارة تراضي الطرفين ، إن تراضيا على ما لا يخالف ما يرضي الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم- (١)

وعلى هذا فكل ما لم يتوفر فيه الشرطين يعد من أكل أموال الناس بالباطل ، والعقود المستجدة تحفل بكثير مما يثبت فيه مخالفة الشرع أو يشتبه ، فالتراضي وحده مع الغرر أو الجهل أو الاستغلال والتعدي لا يثبت للعقد حلا ولا حرمة ، وإنما يكون ذلك بتحقق شروط صحة العقد ، وانتفاء وجود كل ما يفسده.

رابعا: سلامة العقد من الإضرار بالآخرين .

من الأصول الثابتة في الشرع قوله صلى الله عليه وسلم : (لا ضرر ولا ضرار) (٢) ، وهذا النص عام في كل أحوال المسلم ، ويتأكد في باب المعاملات لما يحصل فيها من شحناء وبغضاء ، ودخول حظوظ النفس فيها.

لذلك كانت عناية الشريعة عند ضبطها للتعامل بين الناس والتعاقد بينهم ، ألا تسبب ضررا لطرف من الأطراف بحال ، هذا فضلا عما قد تنتجه بعض العقود من أضرار تضر بدول بأكملها على المدى البعيد ، وهذا ظاهر حاله مع انتشار البنوك الربوية على مستوى العالم .

(١) ينظر: التأمين الإسلامي دراسة فقهية تأصيلية ص (١٧٨، ١٧٧) .

(٢) أخرجه ابن ماجه في سننه، كتاب: الأحكام. باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره. ح(٢٣٣١)،(١٤٣/٧). عن عبادة بن الصامت - رضي الله عنه - قال الألباني: صحيح أخرجه ابن ماجه، وصحته من مجموع طرقه وشواهده. الإرواء: (٤٠٨/٣).

خامسا: سلامة العقد من مخالفة النص أو الإجماع.

لا يمكن لعقد أن يعتبر عقدا سالما صحيحا إذا خالف نصاً صريحاً أو إجماعاً معتبر ، ذلك أنه سيدخله سبب النهي الذي حرم لأجله ، مما يجعل هذا العقد عرضة للبطلان والفساد .
ومما ينبغي الالتفات إليه في هذا الضابط تحقيق المناط في دخول العقد المستجد تحت دلالة النص أو لا ، وذلك لحصول كثير من الالتباس في بعض العقود هل دخلت في مورد النهي أم لا ؛ لتعقيد المعاملات في هذا العصر وتشابكها ، مما يوجب عناية أكثر لتحقيق مناط العقد المستجد ، وصحة تكييفه.

٢-ضوابط خاصة بالعقود المستجدة:

أولاً: أن يكون غرض العقد سد حاجة مشروعة ، أو تحقيق مصلحة معتبرة.

فمدار أحكام الشريعة بنيت على تحقيق مصالح العباد وحاجاتهم ، لكن هذه الحاجات اعتبرت متى ما كانت حاجة مشروعة تنطبق عليها الشروط المعتبرة للحاجة في الشرع ، فلا تضر الآخرين ولا تخالف ما اعتبر شرعاً من نصوص وقواعد كلية ، فلا يقبل تحويل غرض عقد قائم على التبرع إلى عقد قائم على المعاوضة ، فالغرض هنا غير مشروع في هذا النوع من العقود ، ولا يليج حاجة من تعامل بهذا العقد ابتداء ، ولا يحتج فيها بالمصالح التي ستحقق فيها ما دامت تخالف مقتضى العقد .

ثانياً: ألا يتم التواطؤ حين التعاقد على إنشاء معاملة محظورة بنص شرعي.

فقد يتفق طرفان على إجراء عقود ، وإنجاز وعود في المستقبل ، تلك الوعود تقوم على حيلة ، فالتواطؤ على الهدية أو الزيادة في القدر أو الصفة للمقرض في عقد القرض مثلاً إنما هي حيلة الربا ، أما إذا لم يتواطأ قبل العقد ، وحصلت هذه الزيادة عرضاً من غير تواطئ عليها فلا حرج فيها شرعاً ، وإلى هذا نبه جمع من الفقهاء فمناط تحقق تلك الحيل وشرط تحريمها وفسادها ، هو تواطؤ الطرفين عليها.

"فإذا اتفق الطرفان على شيء ثم عقد العقد بعد ذلك ، فهو مصروف إلى ما اتفقا عليه سلفاً ، إذ لا فرق بين الشروط المنصوص عليها في صلب العقد ، والشروط المتواطأ عليها قبله ولو لم يصرح بها حال التعاقد ما دام العقد قد اعتمد عليها ، إذ الشرط الملحوظ كالملفوظ" (١)

(١) ينظر : قراءة جديدة في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة لزيه حماد ، ص (٢٣٠) .

ثالثا: إن كان العقد عقدا مركبا فلا يكون التركيب فيه بين العقدین محل فہی شرعی.

وردت فی الشریعة نصوص کان النہی فیہا عن بعض أنواع التركيب بين العقود ، والعقد المستجد إن کان مرکبا فیجب تحقیق المناط فی کونه داخلا تحت هذه الأنواع التي ورد النہی عن اجتماعها معا ، وھی علی ما یلی:

١-الجمع بین بیع وسلف: قال رسول اللہ صلی اللہ علیہ وسلم: (لا یحل سلف وبيع) ^(١).

والجمع بینہما یمکن بأشراط عقد البیع فی عقد القرض ، وهذا محرم بالاتفاق .

ویلحق بالبیع عقود المعاوضات کالإجارة والصرف والشركة وغيرها ، فلا یجوز اشتراط القرض فیہا .

أما إذا اجتمعت عقود المعاوضات مع القرض بلا شرط فجائز بالاتفاق.

٢-الجمع بین بیعتین فی بیعة : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم

عن بیعتین فی بیعة) ، وفي رواية: (من باع بیعتین فی بیعة فله أو کسهما أو الربا) ^(٢) .

ویقصد بها علی الراجح: بیع السلعة بثمن مؤجل علی أن یشتریها ممن باعها علیہ بأقل حالا.

فأی عقد یجمع بین بیعتین ، فیؤدي هذا الجمع إلى الربا أو جهالة الثمن کان عقدا محرما ^(٣).

رابعا: إن کان العقد عقدا مرکبا فلا یمکن العقدان متضادین وضعاً ، ومتناقضین حکما.

نص المالکیة علی هذا الضابط ، كما جاء فی الفروق: "العقود أسباب لاشتمالها علی تحصیل حکمتها

فی مسبباتها بطریق المناسبة ، والشیء الواحد بالاعتبار الواحد لا یناسب المتضادین ، فکل عقدین بینهما

تضاد لا یجمعهما عقد واحد" ^(٤)

وجاء فی القبس: "ویترکب علیها أصل بدیع من أصول المالکیة ، وهو أن کل عقدین یتضادان وضعاً ،

وینتاقضان حکما فإنه لا یجوز اجتماعهما.

أصله البیع والسلف ، فרכبه علیہ فی جمیع مسائل الفقه ، ومنه البیع والنکاح ، وذلك أن البیع مبني

علی المغابنة ، والمکایسة ^(٥) خارج عن باب العرف والعبادات ، والسلف مکارمة وقربة ، ومن هذا

الباب الجمع بین العقد الواجب والجائز ، ومثله : بیع وجعالة ، ویزیده علی ذلك أن أحد العوضین فی

(١) سبق تخريجه ، ص (١٨٥) .

(٢) سبق تخريجه ، ص (٢٥٢) .

(٣) ينظر: العقود المالية المركبة (١٨٠) .

(٤) الفروق (١٤٢/٣) .

(٥) المکایسة: أن یمسوا الرجل الرجل فی سلعته فیبتاعها منه بما یتفقان علیہ من الثمن، ينظر: معجم المصطلحات ،

ص (١١٧) .

الجعالة مجهول ، ولا يجوز أن يكون معلوما ، فإنه إن كان معلوما خرج عن باب الجعل والتحقق بباب الإجارة ، وأمثال ذلك لا تخصي^(١).

ولذلك لم يجز جمهور المالكية الجمع بين البيع وبين الجعالة ، أو الصرف ، أو المساقاة ، أو الشركة ، أو القراض^(٢) ، أو النكاح ، لتضاد أحكامها مع عقد البيع عندهم بينما أجازوا بين الإجارة والبيع ، والهبة والبيع^(٣).

فالمحظور جمع عقدين مختلفين في الشروط والأحكام إذا ترتب على ذلك تضاد في الموجبات والآثار ، وهذا يكون في حالة توارد العقدين على محل واحد في وقت واحد ، وأحكامها مختلفة ومتضادة ، كما لو جمع بين هبة عين وبيعها ، فالأصل في الهبة التبرع ، وفي البيع المعاوضة ، فيكون بينهما تضاداً ، فلا يجتمعان في عقد واحد ، وفي وقت واحد ، وقد نص ابن تيمية على ذلك فقال: " فجمع معنى حديث: أن لا يجمع بين معاوضة وتبرع " ^(٤).

والملاحظ أن بعض الأنواع التي لم يجز المالكية جمعها مع البيع يمكن الجمع بينها ، فمثلاً: منعوا الجمع بين البيع والجعالة ، فالبيع عقد لازم ، يلزم منه عدم الجهالة فيه ، بينما الجعالة عقد غير لازم فيه جهالة في العمل ، والجمع بينهما إذا كان البيع بثمن معلوم مع الجعالة على عمل مجهول بثمن معلوم ، فلا تضاد بينهما ، وإنما اختلاف في بعض الأحكام. "فهذا الضابط مسلّم من حيث الأصل ، ولكن يبقى التأكد عند تحقيق المناط من دخول الفروع المراد بيان حكمها في القاعدة الكلية المقررة"^(٥).

خامساً: إن كان العقد عقدا مركبا فلا يكون التركيب فيه بين عقدين وسيلة إلى محرم .
هذا الضابط من أهم الضوابط التي يجب العناية بتحقيق مناطها في العقود المستجدة ، وذلك لالتباس المشروع فيها بالمحظور قبل التحقق ، فالتوصل فيها للممنوع من خلال المشروع ، فإذا كان التركيب مؤديا إلى الحرام كان حراما .

(١) لابن العربي (٨٤٣/٢) .

(٢) الفروق (١٤٢/٣) .

(٣) ينظر: الكافي لابن عبد البر (٦٤٠/٢) ، الفروق (١٤٢/٣) ، القوانين الفقهية لابن الجزي ص (٢٢٣) .

(٤) القواعد النورانية الفقهية ص (١٦٤) ، ينظر: مجموعة الفتاوى لابن تيمية (٦٢/٢٩) .

(٥) العقود المالية المركبة ص (١٨٥) .

من أمثلته:

١- اشتراط عقد البيع في القرض ، فإنه يترتب من تركيب العقدين معا التوصل إلى الربا بالمحاباة في الثمن في عقد البيع ، فيأخذ زيادة على قرضه ، مع كون كل منهما على انفراد عقدا جائزا .

٢- بيع العينة ، فصورته: عقدان : الأول بثمان آجل ، والثاني بثمان حال ، على سلعة واحدة ، يتوصل بهما إلى الربا ، حيث يعطي أحدهما دراهم ويأخذ أكثر منها عن طريق اجتماع العقدين معا ، فهذا تركيب محرم.

قال الشاطبي ^(١) - رحمه الله -: " فإن عاقد البيع أولا على سلعة بعشرة إلى أجل ظاهر الجواز ، من جهة ما يتسبب عن البيع من المصالح على الجملة ، فإذا جعل مآل ذلك البيع مؤديا إلى بيع خمسة نقدا بعشرة إلى أجل ، بأن يشتري البائع سلعته من مشتريها بخمسة نقدا ، فقد صار مآل هذا العمل إلى أن باع صاحب السلعة من مشتريها منه خمسة نقدا بعشرة إلى أجل ، والسلعة لغو لا معنى لها في هذا العمل ؛ لأن المصالح التي لأجلها شرع البيع لم يوجد منها شيء " ^(٢).

(١) سبق التعريف به ، ص (١٠١) .

(٢) الموافقات (١٤٤/٤) .

الخاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير من صلى وقام ، وعبد ربه حتى أتاه اليقين ، وبعد:

فإني أحمد الله -عز وجل- على ما يسر من إتمام هذا البحث ، وأسأله أن يجعله خالصا صوابا ، وفي ختام هذا البحث أشير إلى أهم ما توصلت إليه في موضوع (العقود المالية المستجدة وضوابطها . دراسة أصولية تطبيقية) :

١- إن المقصود بالعقود المالية المستجدة في هذا البحث :

أ- التي لم تكن موجودة في السابق ، والتي استحدثت مع ظهور تقنيات اقتصادية في النهضة التنموية الحديثة .

ب- التي لها أصل شرعي واضح وركبت من عقدين فأكثر لتحقيق أغراض تجارية واستثمارية محددة ، وهي إما : ما اجتمعت فيها عدة عقود في اتفاقية واحدة لمصلحة لا تتحقق إلا باجتماعها ، ومنها : ما اجتمعت فيها عدة عناصر مستمدة من أكثر من عقد ، وترتبط معها في هذا العقد بحيث لا تتحقق مصلحة العاقدين إلا بتلك الصورة .

ومن هنا كانت الحاجة إلى تأصيل تلك العقود أصوليا لضبط تكييفاتها ، وضبط جريانها على قواعد الشريعة ومقاصدها من عدمه ؛ ليستبين الحكم فيها على بصيرة .

٢- إن التركيب في العقود المالية المركبة ، يجعل الحكم عليها يعتمد على العناصر المكونة لها ، فالجمع بين عقود معاوضة فحسب يختلف عن الجمع فيها بين عقود معاوضة وعقود تبرع ، لأن الأخير ترد عليه شبهة الربا ؛ فهل الزيادة فيه ربح أو ربا ، والأول لا ترد عليه تلك الشبهة .

٣- إن مراعاة جانب التيسير ورفع الحرج أمر مطلوب لإعماله ولا شك ، ومراعاة جانب التحوط والتنبه له خاصة ما ينتج عن عدمه من دخول المرء في حيز الربا وماشابهه ، لذلك اشترط العلماء شروطاً لاعتبار الحاجة التي يكون بها التيسير ورفع الحرج ، وذلك بأن تكون :

أ- متحققة لا متوهمة .

ب- متعينة فهي الطريق الوحيد للخروج من الحرج .

ج- بالغة درجة الحرج والمشقة غير المعتادة التي لا يتحملها الناس غالباً .

د- ألا يكون في الأخذ بها مخالفة لقصد الشرع .

هـ- ألا يعارضها ما هو أقوى منها ، سواء ضرورة أو حاجة أقوى منها .

٤- للوصول إلى سبيل متوازن بين جلب المصلحة ودفع المفسدة نحتاج لمزيد عناية لتطبيقات أوسع للمصلحة والفساد الموجود في النوازل المعاصرة عموماً ، وفي العقود المالية المستجدة على وجه الخصوص ، حيث إن اعتبار المصالح والمفاسد فيها وتقديرها تقديرًا صحيحاً هو بميزان الشريعة ، والذي عليه العمل الأخذ بالأقوى بعد التثبت من تحققها فيه ، ويكون تحقق المصالح والمفاسد بحسب ثلاثة أحوال :

أ- غلبة المفسدة على المصلحة لكونها أعظم ، فيقدم درء المفسدة .

ب- غلبة المصلحة على المفسدة ، فتحصل المصلحة مع وجود المفسدة .

ج- أن تتساوى المصالح والمفاسد ، واختلف في ذلك : فقليل : بالتخير ، وقيل : بالتوقف ، وقيل : بإعمال قاعدة : درء المفاسد مقدم على جلب المصالح ، وقد يكون الاختلاف أيضاً بحسب تفاوت المفاسد في نظر المجتهدين .

٥- إن استخدام الحيل في الشريعة الإسلامية الأصل على أنه باطل ، خاصة إن كانت تحايلاً لإبطال حق لمسلم ، ومن قال بجواز العمل بالحيلة فيما يحلّ ، قصد ما كان منها على سبيل الفرار من الحرام ، والخروج إلى الحلال ، و وضع لذلك ضوابط تحكم إباحة العمل بها :

أ- عدم معارضتها للكتاب والسنة .

ب- ألا يخالف قصد المكلف فيها مقصد من مقاصد الشارع .

ج- أن تترتب على الحيلة مصلحة راجحة .

د- أن لا يتعدى مجال العمل فيها إلى العبادات .

هـ- أن تكون الوسطة مشروعة في الأصل .

ز- أن لا يتعدى مجال العمل بها قدر تلبية الحاجة .

٦- إن التكييف الفقهي لا يكون إلا بعد تصور النازلة تصوراً كاملاً ، والتصور سابق للتكييف الفقهي لازم له ، فعرفتُ التكييف الفقهي ب : تحرير انتماء النازلة إلى أصل بعد تصورها تصوراً كاملاً ، و لا يتوصل للتكييف الفقهي الصحيح إلا بعد بذل الوسع في تصور الواقعة تصوراً صحيحاً كاملاً ، مبنياً على نظر صحيح معتبر للأصول الشرعية ، ومن ناظر معتبر ، مع مراعاة المقصد الشرعي للحكم عند التكييف .

٧- رغم أن النوازل مستجدات لم تكن واردة أثناء نزول آيات الكتاب و السنة لكن أحكامها ترتبط ارتباطاً وثيقاً بهما ، وبروح القواعد العامة التي تحتويهما ، لذلك ينبغي عند النظر في أحكام النوازل :

أ- اعتبار دلالات الألفاظ في فهم النصوص .

ب- عدم إخراج النصوص عن ظواهرها لأغراض فاسدة وتأويلات بعيدة لا تحتملها اللغة .

ج- اعتبار العوارض المؤثرة في الحكم .

د- معرفة طرق الجمع والترجيح عند تعارض النصوص والدلالات .

هـ- الاعتناء بمكانة العقل في فهم النصوص .

٨- إن تخريج مسائل النوازل خاصة المالي منها على أقوال الفقهاء الأسبقين وفتاويهم ، تضيف للمعاملة تأصيلاً دقيقاً ومنهجاً واضحاً بيناً ، فيه روح اجتهاد ممن تدرس في الاجتهاد ، ويكون ذلك بشرط أن لا يخرج الحكم على أقوال الأئمة مع وجود النص الشرعي ، وأن يكون المخرج على دراية كاملة بقواعد المذهب وفروعه ، عالماً بأصول والفقه ، وبالعوارض الطارئة على الأحكام والفوارق الفقهية ، وأن يكون التخرج من مصادره المعتمدة .

٩- إن تدعيم الفروع الفقهية بقواعد أصولية خلال البحث فيها ، تعطي أبعاداً للمسألة قد لا تظهر ظهوراً واضحاً بغير النظرة الأصولية ، وقد اتضح لي ذلك جلياً عند دراستي للعقود المالية المستجدة التي هي محل البحث، إضافة إلى الحس الذي يضيفه البعد المقاصدي في سبيل الوصول إلى حكم هو الأقرب إلى حكم الله فيها.

١٠- عند النظر في العقود المستجدة لا بدّ من العناية بضوابط تجعل الحكم فيها هو الأقرب إلى حكم الشريعة الغراء بروحها ومقاصدها .

و تشترك العقود المستجدة مع غيرها من العقود في ضوابط عامة ، من : سلامة العقد من الربا وشبهته ، ومن الجهالة ، والغرر الفاحش ، ومن أكل أموال الناس بالباطل ، ومن الاضرار بالآخرين ، ومن مخالفة النص أو الإجماع .

وتختص بزيادة الحرص عند النظر فيها من كون غرض العقد سدّ حاجة مشروعة ، أو تحقيق مصلحة معتبرة ، و أن لا يتم التواطؤ حين التعاقد على إنشاء معاملة محظورة بنص شرعي .

أما العقود المستجدة المركبة فالعناية عند النظر في أحكامها على أن لا يكون التركيب بين العقدين محل نهي شرعي ، وأن لا يكون العقدين متضادين وضعاً ، ومتناقضين حكماً ، وأن لا يكون التركيب بين العقدين وسيلة إلى محرم .

وأخيراً.. الحمد لله أولاً وآخراً ، وظاهراً وباطناً ، وله الشكر في كل حال ، وآن.

والله الموفق للسداد

قائمة المراجع

- ١- أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء لمصطفى الخن ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الرسالة : بيروت (١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م) .
- ٢- أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ، الدكتور مصطفى ديب البغا ، الطبعة الثانية ، دار القلم بدمشق . بدون .
- ٣- أثر العرف و تطبيقاته المعاصرة في الفقه المعاملات المالية في المذهب الحنبلي ، عادل بن عبد القادر قوته ، الطبعة الأولى ، البنك الإسلامي للتنمية (١٤٢٨ هـ) .
- ٤- الإجارة المنتهية بالتمليك لخالد الحافي ، الطبعة الثانية ، الرياض ، (١٤٢١ هـ - ٢٠٠١ م) .
- ٥- الإحكام في أصول الأحكام لسيف الدين علي بن أبي علي الآمدي ، (٤ أجزاء) ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية: بيروت (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م)
- ٦- الإحكام في أصول الأحكام للإمام أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، (ت ٤٦٥ هـ) ، تحقيق: محمود حامد عثمان (٨ أجزاء) . بدون . بدار الحديث: بالقاهرة ، (١٤٢٦ هـ - ٢٠٠٥ م) .
- ٧- إحكام الفصول في أحكام الأصول ، سليمان بن خلف الباجي ، (ت ٤٧٤ هـ) ، تحقيق: عبد المجيد التركي ، جزء واحد ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي : بيروت - لبنان (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٦ م) .
- ٨- أحكام القرآن ، أحمد بن علي الجصاص ، (٣٧٠ هـ) ، ضبط نصه وخرج آياته: عبدالسلام محمد علي شاهين ، ٣ أجزاء، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت- لبنان (١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م)
- ٩- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول ، محمد علي بن محمد الشوكاني ، (ت ١٢٥٠ هـ) ، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل ، جزأين ، الطبعة الأولى ، دار السلام : مصر - القاهرة (١٤١٨ هـ - ١٩٩٨ م)
- ١٠- الاستغناء في الفرق و الاستثناء لمحمد بن أبي سلمان البكري ، تحقيق د. سعود الشبيبي ، الطبعة الأولى ، بمرکز أحياء الذات الإسلامي بجامعة أم القرى بمكة ، (١٤٠٨ هـ)
- ١١- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، (٩١١ هـ) ، تحقيق: محمد المعتصم بالله البغدادي ، جزء واحد ، ط الأولى ، دار الكتاب العربي: بيروت - لبنان (١٤٠٧ هـ - ١٩٨٧ م) .

- ١٢- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ، زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم ، (ت ٩٧هـ) ، جزء واحد ، بدون ، دار الكتب العلمية: بيروت - لبنان (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م).
- ١٣- الأشباه و النظائر ، محمد بن عمر بن مكّي المعروف بابن الوكيل ، (ت ٧١٦هـ) ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد: الرياض ، (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)
- ١٤- الإشارات الإلهية إلى المباحث الأصولية ، نجم الدين سليمان بن عبد القوي الطوفي ، الطبعة الأولى ، الفاروق الحديثة للطباعة و النشر ، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م)
- ١٥- أزمة الحوار الديني ، جمال سلطان ، بدون ، دار الوطن، (١٤١٢هـ).
- ١٦- أصول السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي ، (ت ٤٩٠هـ) ، تحقيق: أبو الوفا الأفغاني ، جزء واحد ، الطبعة الأولى ، دار الفكر: بيروت - لبنان (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٥م)
- ١٧- أصول الشاشي، أحمد بن محمد الشاشي، بدون ، دار الكتاب العربي: بيروت، (١٤٠٢هـ).
- ١٨- أصول الفتوى و القضاء في المذهب المالكي، محمد رياض ، الطبعة الأولى ، مطبعة النجاح: المغرب (١٤١٦هـ).
- ١٩- أصول الفقه ، بدران أبو العنين ، بدون ، مؤسسة شباب الجامعة: مصر . بدون.
- ٢٠- أصول الفقه، وهبة الزحيلي، الطبعة الأولى، دار الفكر: دمشق، (١٤٠٦هـ).
- ٢١- الأصول والفروع ، سعد بن ناصر الشثري ، الطبعة الأولى . دار الكنوز اشبيليا : الرياض (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)
- ٢٢- الاعتصام ، إبراهيم بن موسى بن محمد الغرناطي الشهير بالشاطبي ، تحقيق: مصطفى الندوي ، الطبعة الأولى ، دار الخاني: بالرياض ، (١٤١٦هـ - ١٩٩٦م)
- ٢٣- الأعلام ، خير الدين الزركلي ، الطبعة الحادية عشر ، دار العلم للملايين : بيروت- لبنان ، (١٩٩٥م).
- ٢٤- إعلام الموقعين عن رب العالمين ، محمد بن أبي بكر بن سعد بن حريز الزرعي المعروف بابن قيم الجوزية ، (ت ٧٥١هـ) ، تحقيق: عبد الرحمن الوكيل ، ٤ أجزاء ، بدون طبعة ، مكتبة ابن تيمية : مصر - القاهرة ، (١٤٠٩هـ).
- ٢٥- الأم ، محمد بن إدريس الشافعي ، (ت ٢٠٤هـ) ، ٥ أجزاء ، بدون طبعة ، دار الفكر: بيروت - لبنان ، (١٤١٠هـ - ١٩٩٠م).
- ٢٦- الأنجم الزاهرات في حل ألفاظ الورقات، محمد بن عثمان المارديني ، تحقيق: عبد الكريم النملة ، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد: الرياض، (١٤١٥هـ).
- ٢٧- الإنصاف في بيان أسباب الاختلاف، ولي الله الدهلوي، الطبعة الثالثة، دار النفائس، (١٤٠٦هـ).

- ٢٨- الإيضاح لقوانين الاصطلاح، أبو الفرج ابن الجوزي، تحقيق: فهد السدحان ، الطبعة الأولى ، مكتبة العبيكان: ١٤١٢هـ.
- ٢٩- أنوار البروق في أنواء الفروق أو الأنوار والأنواء أو الأنوار والقواعد السنية في الأسرار الفقهية ، أحمد بن إدريس الصنهاجي المشهور بالقراقي ، ٤ أجزاء ، بدون طبعة ، عالم الكتب : بيروت - لبنان ، بدون.
- ٣٠- أنيس الفقهاء في تعريفات الألفاظ المتداولة بين الفقهاء ، قاسم بن عبد الله القونوي ، (ت ٩٧٨هـ) ، تحقيق: أحمد بن عبد الرزاق الكبيسي ، جزء واحد ، ط الثانية ، مؤسسة الكتب الثقافية: بيروت - لبنان و دار الوفاء: المملكة العربية السعودية- جدة (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م).
- ٣١- البحر الرائق شرح كتر الدقائق في فروع الحنفية ، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم المصري ، (ت ٩٧٠هـ) ، ضبطه : زكريا عميرات ، جزءا ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية: بيروت - لبنان (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م).
- ٣٢- البحر المحيط في أصول الفقه ، محمد بن بهادر بن عبد الله الزركشي ، (ت ٧٩٤هـ) ، ضبطه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد محمد تامر ، ٤ أجزاء ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت - لبنان (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) .
- ٣٣- بدائع الصنائع ، علاء الدين بن مسعود الكاساني ، (ت ٥٨٧هـ) ، تحقيق: علي محمد معوض ، عادل حمد عبدالموجود ، الطبعة الأولى . دار الكتاب العلمية: بيروت (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م)
- ٣٤- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، (ت ٥٩٥هـ) ، تحقيق: عبد المجيد طعمة حلي ، ٤ أجزاء ، الطبعة الأولى ، دار المعرفة : بيروت - لبنان (١٤١٨هـ - ١٩٩٧م) .
- ٣٥- البرهان في أصول الفقه ،الامام عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني ت ٤١٩هـ ، الطبعة الثالثة . دار الوفاء للطباعة و النشر و التوزيع المنصورة ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م
- ٣٦- البناية في شرح الهداية ، محمود بن أحمد العيني ، الطبعة الثانية ، دار الفكر: بيروت-لبنان (١٤١١هـ - ١٩٨٠م) .
- ٣٧- بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب الأصفهاني ، تأليف شمس الدين محمود بن عبد الرحمن الأصفهاني ، (ت ٧٤٩هـ) ، تحقيق: محمد مظهر بقا (٣ أجزاء) ، الطبعة الاولى . دار المرني : بجدة (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م)
- ٣٨- تبين الحقائق شرح كتر الدقائق ، عثمان بن علي الزيلعي الحنفي ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي : مصر أما الطبعة الأولى ١٣١٤هـ ثم أعيد طبعه بالأوفست.
- ٣٩- تاج العروس من جواهر القاموس ، محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، (ت ١٢٠٥هـ) ، دراسة وتحقيق: علي شيري ، ٢٠ جزءا ، بدون ، دار الفكر: بيروت- لبنان (١٤١٤هـ - ١٩٩٤م).

- ٤٠- التأمين و موقف الشريعة الإسلامية منه، مصطفى الزرقا ، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة، (١٤١٥هـ).
- ٤١- تذكرة الحفاظ ، أبي عبد الله شمس الدين الذهبي ، دار إحياء التراث العربي ، طبعة وزارة المعارف الحكومية بالهند. بدون
- ٤٢- التخبير شرح التحرير في أصول الفقه ، علي بن سليمان المرداوي الحنبلي ، (ت٨٨٥هـ) ، تحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله بن جبرين و عوض بن محمد القرني و أحمد بن محمد السراح ، ٨ أجزاء ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد: الرياض - المملكة العربية السعودية (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م).
- ٤٣- تحفة المحتاج، ابن حجر الهيتمي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية ، (١٤١٦هـ).
- ٤٤- التخبير شرح التحرير ، علاء الدين علي بن سلمان المراوي ث ٨٨٥ هـ ، تحرير الدكتور عبدالرحمن الجبرين ، الدكتور عوض القرني ، و الدكتور احمد السراح ، الطبعة الأولى . مكتبة الرشد بالرياض ، (١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م) .
- ٤٥- التخريج عند الفقهاء والأصوليين ، الدكتور يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين ، الطبعة الثانية ، مكتبة الرشد: بالرياض (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)
- ٤٦- تخريج الفروع على الأصول ، عثمان بن محمد الأخضر شوشان ، الطبعة الأولى ، دار طيبة: الرياض، (١٤١٩هـ).
- ٤٧- تخريج الفروع على الأصول، أبي المناقب شهاب الدين محمود بن احمد الزنجاني، (ت ٥٦٥٦هـ) تحقيق: محمد أديب صالح ، الطبعة الرابعة، مؤسسة الرسالة: بيروت ، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٢م) .
- ٤٨- تشنيف المسامع بجمع الجوامع، بدر الدين الزركشي، تحقيق: عبد الله ربيع، سيد عبدالعزيز، بدون، مؤسسة قرطبة، بدون.
- ٤٩- التعارض و الترجيح عند الأصوليين و أثرهما في الفقه الإسلامي، محمد الحفناوي، الطبعة الثانية، دار الوفاء، مصر، (١٤٠٨هـ).
- ٥٠- التعريفات ، علي بن محمد بن علي المعروف بالجرجاني ، (٨١٦هـ) ، تحقيق: إبراهيم الأبياري ، جزء واحد ، ط الأولى ، دار الكتاب العربي: بيروت- لبنان (١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م)
- ٥١- التقرير و التخبير، ابن امير الحاج، بدون، مصور من المطبعة الأميرية، (١٤١٦هـ).
- ٥٢- التعليل المقاصدي لأحكام الفساد والبطلان ، عبد القادر بن حرز الله ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد: الرياض (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)
- ٥٣- تقريب الوصول إلى علم الأصول ، محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي، (ت٧٤١هـ) ، تحقيق: محمد المختار بن محمد الأمين الشنقيطي ، الطبعة الثانية ، جزء واحد ، يطلب الكتاب من محققه : المدينة المنورة (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) .

- ٥٤- تقرير القواعد و تحرير الفوائد، الحافظ زين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي،
٤ أجزاء ، الطبعة الأولى، دار ابن عفان للنشر و التوزيع: الخبر، (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
- ٥٥- التلويح في كشف حقائق التنقيح في أصول الفقه ، سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني ،
(ت٧٩٢هـ) ، بدون طبعة ، دار الكتب العلمية : بيروت - لبنان ، بدون.
- ٥٦- التمهيد للإسنوي التمهيد في تخريج الفروق على الأصول ، جمال الدين ابن محمد بن الحسين
الإسنوي (ت ٧٧٢هـ)، حققه وعلق عليه: محمد حسن هيتو ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة:
بيروت (١٤١٧هـ - ١٩٧٨م)
- ٥٧- التمهيد في أصول الفقه ، محفوظ بن أحمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني ، (ت ٥١٠هـ) ،
تحقيق: مفيد محمد أبو عمشة ، جزءا ، الطبعة الأولى ، دار المدني : جدة - السعودية (١٤٠٦هـ -
١٩٨٥م) .
- ٥٨- تهذيب اللغة، أبو منصور الأزهري، الدار المصرية للتأليف و الترجمة ، بدون.
- ٥٩- تيسير الوصول إلى منهاج الأصول من المنقول والمعقول ، محمد بن محمد بن عبد الرحمن المعروف بابن
إمام الكاملية ، (ت ٨٧٤هـ) ، تحقيق: عبد الفتاح أحمد قطب الدخيسي ، ٦ أجزاء ، الطبعة الأولى
، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر ، (١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م) .
- ٦٠- جامع بيان العلم و فضله ، يوسف بن عبد الله بن عبد البر ، تحقيق: أبو الأشبال الزهيري، الطبعة
الثالثة، دار ابن الجوزي، ١٤١٨هـ.
- ٦١- الجامع الصغير وزيادته ، محمد ناصر الدين الألباني ، المكتب الإسلامي: دمشق -
سوريا. بدون
- ٦٢- الجامع الصحيح المختصر ، محمد بن إسماعيل البخاري الجعفي ، تحقيق : د. مصطفى ديب
، الطبعة الثالثة ، دار ابن كثير : اليمامة - بيروت (١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م)
- ٦٣- الجامع لأحكام القرآن ، أبي عبد الله محمد الأنصاري القرطبي ، تحقيق : إبراهيم الطيفيش، بشندي
خلف الله، محمد محمد حسنين، أحمد عبد العليم بردوني، ١٨ جزء في ٩ مجلدات، الطبعة الثانية،
١٣٧٢هـ (١٩٥٢م).
- ٦٤- الحاجة وأثرها في الأحكام أحمد بن عبد الرحمن الرشيد ، الطبعة الأولى . دار كنوز اشبيليا : الرياض)
١٤٢٩هـ - ٢٠٠٨م)
- ٦٥- حاشية البناني على جمع الجوامع مع شرح الجلال المحلي، الطبعة الثانية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي،
١٣٥٦هـ.
- ٦٦- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٤ أجزاء ، بدون طبعة ، دار الفكر: بيروت - لبنان ، بدون .

- ٦٧- حاشية رد المختار على الدر المختار ، محمد الأمين الشهير بابن عابدين ، ٨ أجزاء ، الطبعة الثالثة ، مكتبة مصطفى البابي الحلبي : مصر (١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م) .
- ٦٨- الحيل الفقهية ، الدكتور صالح بن اسماعيل بوبشيش ، الطبعة الأولى . مكتبة الرشد بالرياض (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)
- ٦٩- الحيل الفقهية في المعاملات المالية، محمد ابن ابراهيم، بدون، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، (١٩٧٨م).
- ٧٠- الحيل في الشريعة الإسلامية أو كشف النقاب عن موقع الحيل من السنة و الكتاب ، محمد بن عبد الوهاب بحيري ، بدون ، مطبعة السعادة، مصر، ١٣٩٤هـ - ١٩٧٤م.
- ٧١- دلالة الكتاب والسنة على الأحكام ، الدكتور عبدالله عزام ، الطبعة الأولى ، دار المجتمع للنشر (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م)
- ٧٢- الذخيرة ، أحمد بن إدريس القرافي، (٦٨٤هـ) ، تحقيق: محمد حجي ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي : بيروت - لبنان (١٩٩٤م).
- ٧٣- الرد على من أخلد إلى الأرض و قال إن الاجتهاد في كل عصر فرض، جلال الدين السيوطي، تحقيق : خليل الميس، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية، لبنان، (١٤١٣هـ).
- ٧٤- رسائل ابن عابدين، محمد أمين الشهير بابن عابدين، جزآن، بدون.
- ٧٥- الرسالة ، محمد بن إدريس المطلبلي الشافعي ، (٢٠٤هـ) ، تحقيق: أحمد محمد شاكر ، جزء واحد ، الطبعة الثانية ، دار التراث: مصر - القاهرة (١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م)
- ٧٦- رفع الحرج ، صالح بن عبدالله بن حميد ، الطبعة الأولى ، مكتبة العبيكان: الرياض (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م)
- ٧٧- رفع الحرج ، يعقوب عبد الوهاب الباسحين ، الطبعة الخامسة ، مكتبة الرشد: الرياض (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م)
- ٧٨- رفع الحرج ، الدكتور عدنان محمد جمعة ، الطبعة الثالثة ، دار العلوم الانسانية : دمشق (١٤١٣هـ - ١٩٩٣م)
- ٧٩- روضة الطالبين وعمدة المتقين ، النووي ، إشراف: زهير الشاويش ، الطبعة الثالثة ، المكتب الإسلامي : بيروت ، دمشق ، عمان (١٤١٢هـ - ١٩٩١م).
- ٨٠- روضة الناظر وجنة المناظر ومعها شرحها نزهة الخاطر العاطر ، عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي الدمشقي ، والشرح لعبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران الدومي ، جزآن ، بدون طبعة ، مكتبة المعارف: الرياض - المملكة العربية السعودية . بدون

- ٨١- سنن أبي داود ، أبو داود سليمان بن الأشعث السجستاني ، تحقيق : محمد محيي الدين عبد الحميد ، دار الفكر: بيروت- لبنان. بدون
- ٨٢- سنن الدار قطني ، علي بن عمر أبو الحسن الدار قطني البغدادي ، تحقيق : السيد عبد الله هاشم يماني المدني ، دار المعرفة - بيروت ، (١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م)
- ٨٣- سنن البيهقي الكبرى، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي ، تحقيق : محمد عبد القادر عطا ، مكتبة دار الباز : مكة المكرمة ، (١٤١٤ هـ - ١٩٩٤ م) .
- ٨٤- سنن الترمذي ، محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي ، تحقيق : أحمد محمد شاكر وآخرون ، دار إحياء التراث العربي: بيروت. بدون
- ٨٥- سنن ابن ماجه ، محمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار الفكر : بيروت. بدون
- ٨٦- شذرات الذهب في أخبار من ذهب ، عبد الحي بن العماد الحنبلي ، (ت ١٠٩٨هـ) ، ثمانية أجزاء في أربع مجلدات ، دار الفكر: بيروت (١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م)
- ٨٧- شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه ، سعد الدين مسعود بن عمر التفتازاني ، (ت ٧٩٢هـ) ، جزءان ، بدون طبعة ، دار الكتب العلمية: بيروت - لبنان. بدون.
- ٨٨- شرح كتاب قواعد الأصول و معاهد الفصول، سعد بن ناصر بن عبدالعزيز الشثري، الطبعة الأولى، دار كنوز إشبيليا للنشر و التوزيع: الرياض، (٥١٤٢٧-٢٠٠٦م).
- ٨٩- فتح القدير كمال بن عبد الواحد المعروف بابن الهمام ، (ت ٨٦١هـ) ، ٩ أجزاء ، بدون ، دار إحياء التراث العربي . بدون
- ٩٠- شرح القواعد الفقهية ، الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا ، الطبعة الثانية . دار القلم :دمشق (١٣٧٥هـ - ١٩٣٨ م)
- ٩١- شرح القواعد السعدية، عبد المحسن بن عبدالله الزامل، الطبعة الثانية، دار أطلس الخضراء:الرياض، (١٤٢٢ هـ).
- ٩٢- شرح كتاب قواعد الأصول و معاهد الفصول لعبد المؤمن بن عبد الحق القطيعي ، سعد بن ناصر الشثري ، اعتنى به : عبد الناصر بن عبد القادر البشبيشي ، جزء واحد ، الطبعة الأولى ، دار كنوز إشبيليا : الرياض - المملكة العربية السعودية (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م) .
- ٩٣- الصحاح تاج اللغة وصحاح العرب ، إسماعيل بن حماد الجوهري ، (ت ٦٥٦هـ) ، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار ، ٦ أجزاء ، ط الثالثة ، دار العلم للملايين:بيروت- لبنان (١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م)

- ٩٤- شرح الكوكب الساطع نظم جمع الجوامع ، عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، (ت ٩١١هـ) ، تحقيق: محمد إبراهيم الحفناوي ، جزءان ، الطبعة الأولى ، دار السلام : القاهرة - مصر (١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م)
- ٩٥- شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير أو المختبر المبتكر شرح المختصر في أصول الفقه ، محمد بن أحمد الفتوحي المعروف بابن النجار ، (ت ٩٧٢هـ) ، تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد ، ٤ أجزاء ، الطبعة الأولى ، دار الفكر: دمشق - سوريا (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م) .
- ٩٦- شرح اللمع ، إبراهيم بن علي الفيروزآبادي الشيرازي ، (ت ٤٧٦هـ) ، تحقيق: عبد المجيد التركي ، جزأين ، الطبعة الأولى ، دار الغرب الإسلامي : بيروت - لبنان (١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م) .
- ٩٧- شرح المنهاج للبيضاوي في علم الأصول ، محمود عبد الرحمن الأصفهاني ، (ت ٧٤٩هـ) ، تحقيق: عبد الكريم بن علي النملة ، جزأين ، الطبعة الأولى ، مكتبة الرشد : الرياض - المملكة العربية السعودية (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م) .
- ٩٨- شفاء العليل في مسائل القضاء و القدر و الحكمة و التعليل ، ابن قيم الجوزية ، تحقيق: خالد عبداللطيف السبع العلمي ، الطبعة الأولى ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، (١٤٢٤هـ - ٢٠٠٤م) .
- ٩٩- شرح مراقبي السعود ، الشيخ العلامة محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ، (ت ١٣٩٣هـ) ، تحقيق: علي بن محمد العمران ، الطبعة الأولى . دار عالم الفوائد : مكة . (١٤٢٦هـ - ١٠٠- صحيح مسلم ، مسلم بن الحجاج النيسابوري ، تحقيق : محمد فؤاد عبد الباقي ، دار إحياء التراث العربي : بيروت. بدون
- ١٠١- صحيح ابن خزيمة ، محمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمى النيسابوري ، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي ، المكتب الإسلامي: بيروت ، (١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م)
- ١٠٢- صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان ، محمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط ، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة : بيروت ، (١٤١٤هـ - ١٩٩٣م)
- ١٠٣- ضوابط العقد في الفقه الإسلامي ، عدنان التركماني ، الطبعة الثانية ، دار المطبوعات الحديثة ، ١٤١٣هـ .
- ١٠٤- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ، محمد سعيد رمضان البوطي ، بدون ، مكتبة رحاب ، الجزائر ، بدون .
- ١٠٥- طبقات الفقهاء ، أبي إسحاق بن إبراهيم الشيرازي ، تحقيق: إحسان عباس ، دار الرشد العربي : بيروت (١٩٧٠م)

- ١٠٦- العدة في أصول الفقه، محمد بن حسين الفراء، المعروف بأبي يعلى، تحقيق: أحمد بن علي سير المباركى، الطبعة الثالثة، (١٤١٠هـ).
- ١٠٧- عون المعبود شرح سنن أبي داود، أبو الطيب محمد شمس الحق العظيم آبادي، تحقيق: عبد الرحمن محمد عثمان، الطبعة الثانية، المكتبة السلفية: المدينة المنورة (١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م).
- ١٠٨- غياث الأمم في التياث الظلم، أبي المعالي الجويني، (ت ٤٧٨هـ)، تحقيق: مصطفى حلمي، فؤاد عبد المنعم أحمد، الطبعة الأولى، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، الرياض، (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ١٠٩- فتح الباري، أحمد بن حجر العسقلاني، الطبعة الثالثة، المكتبة السلفية، (١٤٠٧هـ).
- ١١٠- فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، الكمال بن همام، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، (١٤١٥هـ).
- ١١١- الفتاوى الفقهية الكبرى، ابن حجر الهيتمي، ٤ أجزاء، بدون، دار الكتب العلمية: لبنان، (١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- ١١٢- الفروق، شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقراقي، ٤ أجزاء، بدون، عالم الكتب: بيروت، بدون.
- ١١٣- فقه النوازل، محمد بن حسين الجيزاني، الطبعة الثانية، دار ابن الجوزي: الدمام (١٤٢٧هـ - ٢٠٠٦م).
- ١١٤- الفتاوى الكبرى، تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحراني، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، مصطفى عبد القادر عطا، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية: بيروت-لبنان (١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م).
- ١١٥- الفقيه والمتفقه، أحمد بن علي بن ثابت الخطيب البغدادي، (٤٦٣هـ)، تحقيق: عادل بن يوسف العزازي، جزأين، الطبعة الأولى، دار ابن الجوزي: الدمام - المملكة العربية السعودية (١٤١٧هـ - ١٩٩٦م).
- ١١٦- في فقه المعاملات المالية والمصرفية المعاصرة (قراءة جديدة)، نزيه حماد، ط الأولى، دار القلم: دمشق-سوريا، (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ١١٧- قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، تحقيق: نزيه حماد، عثمان ضميرية، الطبعة الثانية. دار القلم بدمشق (١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ١١٨- القواعد والأصول، محمد بن محمد بن أحمد المقرئ (ت ٧٥٨هـ)، تحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى. بدون.

- ١١٩ - القواعد و الأصول الجامعة و الفروق و التقاسيم البديعة النافعة ، عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، تحقيق: خالد بن علي بن محمد المشيقيح ، الطبعة الثالثة ، دار ابن الجوزي للنشر و التوزيع: الدمام ، (رجب ١٤٢٤هـ).
- ١٢٠ - القواعد و الفوائد الأصولية ، أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البجلي الحنبلي المعروف بابن اللحام ، (ت ٨٠٣هـ) ، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي ، الطبعة الثانية ، المكتبة العصرية: بيروت (١٤٢٠ هـ ، ١٩٩٩ م).
- ١٢١ - القواعد الفقهية الجامعة ، عبد الرحمن بن ناصر السعدي ، تحقيق: خالد المشيقيح ، الطبعة الثالثة ، دار ابن الجوزي: الدمام (١٤٢٤هـ)
- ١٢٢ - القواعد الفقهية على أحمد الندوي ، الطبعة الرابعة ، دار القلم: بدمشق (١٤١٨هـ — ١٩٩٨ م).
- ١٢٣ - القواعد في الفقه الإسلامي ، عبد الرحمن بن رجب الحنبلي ، (ت ٧٩٥هـ) ، راجعه و قدم له و علق عليه: طه عبد الرؤوف سعد ، جزء واحد ، ط الثانية ، دار الجيل: بيروت — لبنان (١٤٠٨هـ — ١٩٨٨ م).
- ١٢٤ - القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، محمد عثمان شبير ، جزء واحد ، ط الثانية ، دار النفائس: الأردن-عمان (١٤٢٨-٢٠٠٧ م) .
- ١٢٥ - القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية ، علاء الدين بن محمد بن عباس البجلي المعروف بابن اللحام ، (ت ٨٠٣هـ) ، تحقيق: عبد الكريم الفضيلي ، جزء واحد ، الطبعة الثانية ، المكتبة العصرية: صيدا — بيروت — لبنان (١٤٢٠هـ — ١٩٩٩ م).
- ١٢٦ - كشف الأسرار شرح المصنف على المنار ، عبدالله بن أحمد المعروف بالنسفي ، (ت ٧١٠هـ) ، جزأين ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية: بيروت — لبنان (١٤٠٦هـ — ١٩٨٦ م) .
- ١٢٧ - كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوي ، عبد العزيز بخاري ، ٤ أجزاء ، بدون طبعة ، الصدف بيلشرز : كراتشي — باكستان ، بدون .
- ١٢٨ - كشف الظنون عن أسامي الكتب والفنون ، مصطفى بن عبد الله الشهير بحاجي خليفة ، الطبعة الأولى ، إسطنبول : تركيا (١٣١٠هـ) .
- ١٢٩ - لباب الحصول في علم الأصول ، الحسين بن رشيق المالكي ، (ت ٦٣٢هـ) ، تحقيق: محمد غزالي عمر جابي ، جزأين ، الطبعة الأولى ، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث : دبي — الإمارات العربية المتحدة ، (١٤٢٢هـ — ٢٠٠١ م).
- ١٣٠ - لسان العرب ، محمد بن مكرم بن علي المعروف بابن منظور ، (ت ٧١١هـ) ، نسقه و علق عليه ووضع فهرسه: علي شيري ، ١٨ جزءا ، ط الأولى ، دار إحياء التراث العربي: بيروت-لبنان (١٤٠٨هـ — ١٩٨٨ م)

- ١٣١- المبسوط ، لشمس الدين السرخسي ، بدون طبعة ، دار المعرفة : بيروت - لبنان (١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م) .
- ١٣٢- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد ، علي بن أبي بكر الهيثمي ، دار الفكر: بيروت - لبنان (١٤١٢هـ) .
- ١٣٣- المجتبى من السنن ، أحمد بن شعيب أبو عبد الرحمن النسائي ، تحقيق : عبدالفتاح أبو غدة ، الطبعة الثانية ، مكتب المطبوعات الإسلامية : حلب ، (١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م) .
- ١٣٤- مجلة مجمع الفقه الإسلامي : جدة : العدد الرابع الجزء الثالث ، العدد الخامس الجزء الثاني والرابع ، العدد الثاني عشر الجزء الأول ، العدد الثالث عشر الجزء الثاني .
- ١٣٥- مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، أحمد بن عبدالله القاري ، تحقيق : عبدالوهاب أبو سليمان و محمد إبراهيم أحمد علي ، جزء واحد ، ط الأولى ، تهامة: المملكة العربية السعودية - جدة (١٤٠١هـ - ١٩٨١م) .
- ١٣٦- المجموع شرح المذهب ، محيي الدين بن شرف النووي ، (ت ٦٧٦هـ) ، جزءا ، بدون طبعة ، دار الفكر: بدون .
- ١٣٧- مجموع الفتاوى ، أحمد بن تيمية الحراني ، (ت ٧٢٨هـ) ، اعتنى بها وخرج أحاديثها: عامر الجزار وأنور الباز ، ٢٧ جزءا ، الطبعة الثانية ، دار الوفاء : المنصورة - مصر (١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م) .
- ١٣٨- المجموع المذهب في قواعد المذهب . الحافظ صلاح الدين خليل كيكدي العلاني . ث ٧٦١هـ ، تحقيق الدكتور مجيد علي العبيدي و الدكتور أحمد خضير عباس (بدون) ، المكتبة المكية : مكة ، دار عمار (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م) .
- ١٣٩- المحلى، ابن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، ٧ أجزاء، بدون، دار الجيل، بيروت، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون .
- ١٤٠- المخارج في الحيل، محمد بن الحسن الشيباني، (ت ١٩٨هـ) ، مكتبة الثقافة الدينية: القاهرة، بدون .
- ١٤١- المدخل الفقهي العام ، مصطفى أحمد الزرقاء ، جزءان ، ط التاسعة ، دار الفكر: بيروت - لبنان (١٩٦٨م) .
- ١٤٢- مذكرة أصول الفقه على روضة الناظر ، محمد الأمين بن محمد المختار الجكني الشنقيطي ، (ت ١٣٩٣هـ) ، جزء واحد ، الطبعة الأولى ، دار عالم الفوائد : مكة المكرمة - المملكة العربية السعودية (١٤٢٦هـ) .
- ١٤٣- مسند الإمام أحمد بن حنبل ، أحمد بن حنبل الشيباني ، مؤسسة قرطبة : القاهرة. بدون .
- ١٤٤- المستصفى من علم الأصول ، الإمام حجة الإسلام أبي حامد محمد بن أبي محمد الغزالي (ت ٥٠٥هـ) ، بدون ، دار الأرقم بن أبي الأرقم : بيروت ، بدون

- ١٤٥- المسودة في أصول الفقه لآل تيميه ، عبد السلام بن تيمية (ت ٦٥٢ هـ) ، و والده عبدالحليم بن عبد السلام (ت ٦٨٢ هـ) ، الطبعة الأولى ، دار الحزم : بيروت (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م)
- ١٤٦- المستدرك على الصحيحين ، محمد بن عبد الله أبو عبد الله الحاكم النيسابوري ، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية : بيروت ، (١٤١١ هـ - ١٩٩٠ م)
- ١٤٧- مصنف عبد الرزاق ، أبو بكر عبد الرزاق بن همام الصنعاني ، تحقيق : حبيب الرحمن الأعظمي ، الطبعة الثانية ، المكتب الإسلامي: بيروت (١٤٠٣ هـ) .
- ١٤٨- مصباح الزجاجاة في زوائد ابن ماجة ، أحمد بن أبي بكر بن إسماعيل الكناي ، تحقيق : محمد المنتقى الكشناوي ، دار العربية: بيروت (١٤٠٣ هـ) .
- ١٤٩- مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، عبد الرزاق السنهوري ، جزءا ، بدون طبعة ، دار إحياء التراث العربي: بيروت - لبنان ، بدون .
- ١٥٠- مصادر التشريع فيما لا نص فيه ، عبد الوهاب خلاف ، الطبعة الخامسة، دار القلم : الكويت ، (١٤٠٢ هـ) .
- ١٥١- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، أحمد محمد فيومي ، الطبعة الثانية ، المكتبة العصرية: بيروت، (١٣١٨ هـ) .
- ١٥٢- المعجم الأوسط ، أبو القاسم سليمان بن أحمد الطبراني ، تحقيق : طارق بن عوض الله بن محمد ، عبد المحسن بن إبراهيم الحسيني ، دار الحرمين : القاهرة ، (١٤١٥ هـ) .
- ١٥٣- المعجم الصغير، سليمان بن أحمد الطبراني ، تحقيق: محمد شكور محمود الحاج أمير ، الطبعة الأولى ، المكتب الإسلامي : دار عمار - بيروت ، عمان (١٤٠٥ هـ - ١٩٨٥ م) .
- ١٥٤- معالم السنن، أبو سليمان الخطابي، بدون ، دار المعرفة، بيروت، (١٤٠٠ هـ - ١٩٨٠ م) .
- ١٥٥- المعتمد في أصول الفقه، ابن الحسين محمد بن علي بن الطيب البصري المعتزلي، (ت ٤٣٦ هـ) ، جزءا ، بدون، دار الكتب العلمية ، بيروت: لبنان. بدون .
- ١٥٦- معالم أصول الفقه ، محمد حسين بن حسن الجيزاني ، الطبعة الرابعة . دار ابن الجوزي: الدمام (١٤٢٤ هـ)
- ١٥٧- معجم المصطلحات المالية و الاقتصادية في لغة الفقهاء ، نزيه حماد، الطبعة الأولى، دار القلم: دمشق، (١٤٢٩ هـ - ٢٠٠٨ م) .
- ١٥٨- معجم لغة الفقهاء، محمد رواس قلعة جي، حامد صادق قنبي، الطبعة الثانية، دار النفائس، (١٤٠٨ هـ) .

- ١٥٩ - المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي ، محمد عثمان شبير ، الطبعة الثالثة ، دار النفائس: الأردن (١٤١٩هـ - ١٩٩٩م)
- ١٦٠ - مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، محمد الخطيب الشربيني ، (ت هـ) ، ٤ أجزاء ، بدون طبعة ، دار الفكر: بيروت - لبنان ، بدون .
- ١٦١ - المغني و يليه الشرح الكبير، موفق الدين ابن قدامي، (ت ٦٢٠هـ) ، ١٢ جزء، بدون، دار الكتاب العربي: بيروت، (١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م) .
- ١٦٢ - مفتاح الوصول ، محمد أحمد الحساني التلمساني (ت ٧٧١هـ) ، تحقيق: محمد علي مركوس ، الطبعة الأولى ، المكتبة المكية : مكة المكرمة . مؤسسة الريان: بيروت (١٤١٩هـ - ١٩٩٨م) .
- ١٦٣ - مقاصد الشريعة و مكارمها، علال الفاسي، الطبعة الخامسة، دار الغرب الإسلامي، (١٩٩٣م) .
- ١٦٤ - مقاصد الشريعة الإسلامية . الدكتور محمد سعد بن أحمد بن مسعود اليوبي ، الطبعة الأولى ، دار ابن الجوزي (١٤٢٩هـ)
- ١٦٥ - مقاصد الشريعة الإسلامية، محمد الطاهر بن عاشور، تحقيق محمد الطاهر بن عاشور، الطبعة الثانية، دار النفائس، الأردن، (١٤٢١هـ - ٢٠٠١م) .
- ١٦٦ - الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، محمد ابو زهرة، بدون، دار الفكر العربي، القاهرة، بدون.
- ١٦٧ - المنتقى شرح الموطأ ، القاضي سلمان بن خلف بن سعد الباجي (٧ أجزاء) ، الطبعة الثانية ، دار الكتاب الإسلامي : القاهرة ، بدون
- ١٦٨ - المناهج الأصولية ، الدكتور محمد فتحي الدريني ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة الرسالة : بيروت (١٤١٨ هـ - ١٩٩٧م)
- ١٦٩ - منهاج السنة النبوية، أحمد بن عبدالحليم بن تيمية الحراني، تحقيق محمد رشاد سالم، طبعة جامعة الإمام احمد بن سعود: الرياض، (١٤٠٦هـ) .
- ١٧٠ - منهج استنباط النوازل الفقهية المعاصرة ، الدكتور مسفر بن علي بن محمد القحطاني ، الطبعة الأولى ، دار الأندلس الخضراء (١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م)
- ١٧١ - الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف و الشؤون الإسلامية بدولة الكويت ، الطبعة الثانية، مطبعة ذات السلاسل: الكويت، (١٤٠٧هـ) .
- ١٧٢ - موسوعة القواعد و الضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ، علي بن أحمد الندوي، توزيع دار عالم المعرفة، (١٤١٩هـ) .
- ١٧٣ - الموطأ ، مالك بن أنس أبو عبد الله الأصبحي ، تحقيق : د. تقي الدين الندوي ، الطبعة الأولى ، دار القلم : دمشق ، (١٤١٣ هـ - ١٩٩١ م) .

- ١٧٤- الموافقات ، إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي ، (ت ٧٩٠هـ) ، تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان ، ٦ أجزاء ، الطبعة الأولى ، دار ابن عفان : الخبر - المملكة العربية السعودية (١٤١٧هـ - ١٩٩٧م)
- ١٧٥- ميزان الاعتدال في نقد الرجال ، محمد بن أحمد الذهبي ، (ت ٧٤٨هـ) ، تحقيق: علي البجاوي ، ٤ أجزاء ، دار الفكر.بدون.
- ١٧٦- نظرية الشكل في الفقه الإسلامي وأثره في العقود المالية ، ناصر بن زيد داود ، جزء واحد ، ط الأولى ، دار كنوز إشبيلية: المملكة العربية السعودية - الرياض (١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م)
- ١٧٧- نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، حسين حامد حسن، بدون، مكتبة المتنبي : مصر، (١٩٨١م).
- ١٧٨- النظريات الفقهية، يوسف عبد الفتاح المرصفي، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر و التوزيع: القاهرة، (١٤٢١هـ-٢٠٠١م).
- ١٧٩- نفائس الأصول في شرح المحصول ، الإمام شهاب الديق أحمد بن اورييس القرافي . (ت ٦٨٤هـ) ، تحقيق :محمد عبد القادر عطا ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية :بيروت زبدون
- ١٨٠- نهاية السؤل في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول ، عبد الرحيم بن الحسن الإسنوي ، (ت ٧٧٢هـ) ، تحقيق: شعبان محمد إسماعيل ، جزأين ، الطبعة الأولى ، دار ابن حزم: بيروت - لبنان (١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م).
- ١٨١- الوجيز في أصول الفقه، عبدالكريم زيدان، الطبعة الأولى، دار التوزيع، مصر، ٥١٤١٤.
- ١٨٢- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ، أحمد بن محمد ابن أبي بكر بن خلكان ، (ت ٦٨١هـ) ، تحقيق: إحسان عباس ، ثمانية أجزاء ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة: بيروت -لبنان (١٣٦٧هـ -١٩٤٩م)

فهرس الآيات القرآنية

سورة البقرة	رقم الآية	رقم الصفحة
﴿وَمِنَ النَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِاللَّهِ وَيَالْيَوْمِ الْآخِرِ وَمَا هُمْ بِمُؤْمِنِينَ﴾	٨	١٦٢
﴿يُخَادِعُونَ اللَّهَ وَالَّذِينَ ءَامَنُوا وَمَا يُخَادِعُونَ إِلَّا أَنْفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾	٩	١٦٢
﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا ثُمَّ أَسْتَوَىٰ إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ﴾	٢٩	٣٧
﴿فَإِزْلَٰهُمَا الشَّيْطَانُ عَنْهَا فَأَخْرَجَهُمَا مِمَّا كَانَا فِيهِ وَقُلْنَا اهْبِطُوا بَعْضُكُم لِبَعْضٍ عَدُوٌّ وَلَكُمْ فِي الْأَرْضِ مُسْتَقَرٌّ وَمَتَاعٌ إِلَىٰ حِينٍ﴾	٣٦	٣٩
﴿وَلَقَدْ عَلِمْتُمُ الَّذِينَ اعْتَدَوْا مِنْكُمْ فِي السَّبْتِ فَقُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ﴾	٦٥	١٦٣
﴿فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً لِّلْمُتَّقِينَ﴾	٦٦	١٦٣
﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهْلَ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ﴾	١٧٣	١٢١
﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنْثَىٰ بِالْأُنْثَىٰ﴾	١٧٨	٩٧
﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوةٌ يَتَأُولَىٰ الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾	١٧٩	٩٧
﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾	١٨٥	١٢٨، ٢٧٨
﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ﴾	١٩٦	١٩١
﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِتَالُ وَهُوَ كُرْهُ لَكُمْ﴾	٢١٦	١٣٣
﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْخَمْرِ وَالْمَيْسِرِ قُلْ فِيهِمَا إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنْفَعٌ لِلنَّاسِ﴾	٢١٩	١٣٣، ١٣١
﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَتِ حَتَّىٰ يُؤْمَنَ﴾	٢٢١	٧٧

٤٩	٢٢٩	﴿ وَمَنْ يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ ﴾
١٥٠	٢٣٠	﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ۚ ﴾
١٦٢	٢٣١	﴿ وَإِذَا طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ فَلْيُغْنِ أَجْلُهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ۚ ﴾
١٦٣	٢٣١	﴿ وَلَا تَنْخِذُوا بِآيَاتِ اللَّهِ هُزُوًا ۚ ﴾
١٩١	٢٣٦	﴿ وَمَتَّعُوهُنَّ عَلَىٰ الْمَوْسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَىٰ الْمَقْتَرِ قَدَرُهُ ۚ ﴾
١٩١	٢٣٧	﴿ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ ۚ ﴾
٢١٣	٢٣٨	﴿ حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَىٰ وَقُومُوا لِلَّهِ قَانِتِينَ ﴾
٢٣٤٤٥	٢٧٥	﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ۚ ﴾
١٤٨	٢٨٢	﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَىٰ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَاصْتَبُوا ۚ ﴾
١٢٨	٢٨٦	﴿ لَا يَكْفُرُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴾

سورة النساء

١٤٩	١٢	﴿ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيكُ بِهَا أَوْ دِينَ ۚ ﴾
٤٩	١٤	﴿ وَمَنْ يَعِصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ ﴾
١٢١٠١٢٨	٢٨	﴿ يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ ۚ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴾
٢٩٩	٢٩	﴿ يَتَأَيَّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم ﴾
٢٩٩	٣٣	﴿ وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَنُكُمْ فَأَتَوْهُم نَصِيْبُهُمْ ﴾
١٩٦	٥٩	﴿ فَإِنْ نَزَعْنَاهُ مِنْ شَيْءٍ فَزِدْوهٖ إِلَى اللَّهِ ﴾
١٨٩	٨٠	﴿ مَنْ يُطِيعِ الرَّسُولَ فَقَدْ أَطَاعَ اللَّهَ ۚ ﴾
١٩٧	٨٣	﴿ وَلَوْ رَدُّوهُ إِلَى الرَّسُولِ وَإِلَىٰ أُولِي الْأَمْرِ مِنْهُمْ لَعَلِمَهُ الَّذِينَ يَسْتَنْبِطُونَهُ مِنْهُمْ ۚ ﴾

١٣٣	١٠١	﴿ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَنْ تَقْصُرُوا مِنَ الصَّلَاةِ إِنْ خِفْتُمْ ﴾
١١١	١١٣	﴿ وَأَنْزَلَ اللَّهُ عَلَيْكَ الْكِتَابَ وَالْحِكْمَةَ ﴾
١٦٤	١١٥	﴿ وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا نُبَيِّنَ لَهُ الْهُدَى ﴾
٣٧	١٣٢	﴿ وَلِلَّهِ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ ۚ وَكَفَى بِاللَّهِ وَكِيلًا ﴾
١٥٩	١٤٢	﴿ إِنَّ الْمُتَنَفِّعِينَ يَخْدِعُونَ اللَّهَ وَهُوَ خَادِعُهُمْ ﴾
سورة المائدة		
١٤٠، ٤٤٤ ٢٥٥، ١٤٨	١	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ۚ ﴾
٢٩٠	٢	﴿ وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى ۖ ﴾
٤٩	٣	﴿ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ ﴾
٣٦	٥	﴿ يَسْأَلُونَكَ مَاذَا أُحِلَّ لَهُمْ ۖ قُلْ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ ۚ ﴾
١٢٦	٦	﴿ مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ ﴾
٩٨	٣٨	﴿ وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنْ اللَّهِ ۚ ﴾
٢٨٧	٩٠، ٩١	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِنَّمَا الْحُمْرُ وَالْمَيْسِرُ وَالْأَنْصَابُ وَالْأَزْلَمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ الشَّيْطَانِ فَاجْتَنِبُوهُ ۚ ﴾
٣٩	١٠١	﴿ يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا لَا تَسْأَلُوا عَنْ أَشْيَاءَ إِنْ بُدِّ لَكُمْ تَسْأَلُكُمْ ﴾
سورة الأنعام		
١٨٨	٣٨	﴿ مَا فَرَطْنَا فِي الْكِتَابِ مِنْ شَيْءٍ ۚ ﴾
١٤٠	١٠٨	﴿ وَلَا تَسُبُّوا الَّذِينَ يَدْعُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ فَيَسُبُّوا اللَّهَ عَدَوًّا بَغِيًّا عَلِيمٍ ۚ ﴾
٤١، ٤٨	١١٩	﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ ﴾
٣٨	١٤٥	﴿ قُلْ لَا أُجِدُ فِي مَا أُوْحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ ۚ ﴾

٣٨	١٥١	﴿ قُلْ تَعَالَوْا أَتْلُ مَا حَرَّمَ رَبِّي عَلَيْكُمْ ^ط أَلَّا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا ^ط ﴾
٤٥	١٥٢	﴿ وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ^ع ﴾
سورة الأعراف		
٣٨	٣٢	﴿ قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ اللَّهِ الَّتِي أَخْرَجَ لِعِبَادِهِ وَالطَّيِّبَاتِ مِنَ الرِّزْقِ ^ع ﴾
٣٨	٣٣	﴿ قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّي الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَنَ وَالْإِثْمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ ^ع ﴾
١٦٣	١٦٣	﴿ وَسَأَلَهُمْ عَنِ الْقَرْيَةِ الَّتِي كَانَتْ حَاضِرَةَ الْبَحْرِ إِذْ يَعْدُونَ فِي السَّبْتِ ^ع ﴾
١٤٠	١٦٦	﴿ فَلَمَّا عَتَوْا عَنْ مَا نُهُوا عَنْهُ قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ ^ع ﴾
٩٧	١٧٦	﴿ لَعَلَّهُمْ يَتَفَكَّرُونَ ﴿١٧٦﴾ ﴾
سورة التوبة		
٢٥٣	٩١	﴿ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ ^ع ﴾
١٢٧	٩٢	﴿ لَيْسَ عَلَى الضَّعَفَاءِ وَلَا عَلَى الْمَرْضَى وَلَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنْفِقُونَ حَرَجٌ ^ع ﴾
١٤٠	١٢٠	﴿ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ لَا يُصِيبُهُمْ ظَمَأٌ وَلَا نَصَبٌ وَلَا مَخْمَصَةٌ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ^ع ﴾
١٤٠	١٢١	﴿ وَلَا يَنْفِقُونَ نَفَقَةً صَغِيرَةً وَلَا كَبِيرَةً وَلَا يَقْطَعُونَ وَادِيًا إِلَّا أَلَّا كُتِبَ لَهُمْ ^ع ﴾
سورة يونس		
٤٥	٦٥	﴿ قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَلًا قُلْ اللَّهُ أَدَبَ لَكُمْ ^ط ﴾
سورة يوسف		
١٥٧	٧٦	﴿ كَذَلِكَ كِدْنَا لِيُوسُفَ ^ط مَا كَانَ لِيَأْخُذَ أَخَاهُ فِي دِينٍ ^ط ﴾

١٥٨	٦٧	﴿ وَقَالَ يَبْنَىٰ لَا تَدْخُلُوا مِنْ بَابٍ وَاحِدٍ وَادْخُلُوا مِنْ أَبْوَابٍ مُّتَفَرِّقَةٍ ﴾
١٥٨	٦٨	﴿ وَلَمَّا دَخَلُوا مِنْ حَيْثُ أَمَرَهُمْ أَبُوهُمْ مَا كَانَ يُغْنِي عَنْهُمْ مِنَ اللَّهِ مِنْ شَيْءٍ ﴾
سورة النحل		
١٩٢	١٦	﴿ وَعَلَّمَتِ بِالنَّجْمِ هُمْ يَهْتَدُونَ ﴾
١٨٨	٨٩	﴿ وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تَبْيِينًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَىٰ لِلْمُسْلِمِينَ ﴾
٤٥	٩١	﴿ وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا ﴾
٤٢	١١٦	﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ ﴾
سورة الإسراء		
٣٧	٧	﴿ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا ﴾
٤٥	٣٤	﴿ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا ﴾
سورة طه		
١٣٨	٤٣	﴿ أَذْهَبَا إِلَىٰ فِرْعَوْنَ إِنَّهُ طَغَىٰ ﴾
سورة مريم		
٤٠	٦٤	﴿ وَمَا كَانَ رَبُّكَ نَسِيًّا ﴾
سورة الأنبياء		
٦٥	٢٢	﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَا ءِلَهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾
١١٠	١٠٧	﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾
سورة الحج		
١٢٧	٧٧	﴿ يٰٓأَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا ارْكَعُوا وَاسْجُدُوا وَعْبُدُوا رَبَّكُمُ ﴾

سورة المؤمنون		
٢٥٥	٨	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِأَمْنَتِهِمْ وَعَهْدِهِمْ رَاعُونَ﴾
١١١	١٤	﴿فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾
١٢٩	٥٧-٦٢	﴿إِنَّ الَّذِينَ هُمْ مِنْ خَشْيَةِ رَبِّهِمْ مُشْفِقُونَ ﴿٥٧﴾ وَالَّذِينَ هُمْ بِآيَاتِ رَبِّهِمْ يُؤْمِنُونَ ﴿٥٨﴾ وَالَّذِينَ هُمْ بِرَبِّهِمْ لَا يُشْرِكُونَ ﴿٥٩﴾ وَالَّذِينَ يُؤْتُونَ مَا آتَوْا وَقُلُوبُهُمْ وَجَلَةٌ أَنَّهُمْ إِلَى رَبِّهِمْ رَاجِعُونَ ﴿٦٠﴾ أُولَٰئِكَ يُسْرِعُونَ فِي الْخَيْرَاتِ وَهُمْ لَهَا سَابِقُونَ ﴿٦١﴾ وَلَا تَكْلَفُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا وَلَدَيْنَا كِتَابٌ يَنْطِقُ بِالْحَقِّ وَهُمْ لَا يُظْلَمُونَ ﴿٦٢﴾﴾
٤١	١١٥	﴿أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُمْ عَبَثًا وَأَنَّكُمْ إِلَيْنَا لَا تُرْجَعُونَ﴾
سورة النور		
١٥٦	٢	﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِائَةَ جَلْدَةٍ﴾
١٤١	٣١	﴿وَلَا يَضْرِبَنَّ بِالْأَرْجُلَيْنِ يُعَلِّمَ مَا يُخْفِينَ مِنْ زِينَتِهِنَّ﴾
١٢١، ١٢٧	٦١	﴿لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلَا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ﴾
سورة لقمان		
٣٩	٢٠	﴿الْمُرْتَوُونَ أَنَّ اللَّهَ سَخَّرَ لَكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ وَأَسْبَغَ عَلَيْكُمْ نِعَمَهُ ظَاهِرَةً وَبَاطِنَةً﴾
سورة العنكبوت		
١٣٣	٨	﴿وَإِنْ جَاهِدَاكَ لِتُشْرِكَ بِي مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ فَلَا تُطِعْهُمَا﴾
سورة الفتح		
١٧٠	١٨	﴿لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ﴾
سورة الدخان		
٤١	٣٨	﴿وَمَا خَلَقْنَا السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ وَمَا بَيْنَهُمَا لَعِيبًا﴾

سورة الجاثية		
٣٩	١٣	﴿ وَسَخَّرْنَاكُمْ مَا فِي السَّمَوَاتِ وَمَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مِنْهُ إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾
سورة فصلت		
١١١	٣٣	﴿ وَمَنْ أَحْسَنُ قَوْلًا مِّمَّنْ دَعَا إِلَى اللَّهِ وَعَمِلَ صَالِحًا وَقَالَ إِنَّنِي مِنَ الْمُسْلِمِينَ ﴾
سورة الشورى		
٤٢	٢١	﴿ أَمْ لَهُمْ شُرَكَاءُ شَرَعُوا لَهُمْ مِنَ الدِّينِ مَا لَمْ يَأْذَنْ بِهِ ﴾
١٩٠	٥٢	﴿ وَإِنَّكَ لَتَهْدِي إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ ﴾
سورة يس		
٩٧	٦٨	﴿ أَفَلَا يَعْقِلُونَ ﴾
سورة ص		
١٥٦	٤٤	﴿ وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْتًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنُتْ ۖ ﴾
سورة القمر		
١١١	٥	﴿ اقْتَرَبَتِ السَّاعَةُ وَانْشَقَّ الْقَمَرُ ﴾
سورة القلم		
١١١	٣٥-٣٦	﴿ أَفَنَجْعَلُ الْمُسْلِمِينَ كَالْمُجْرِمِينَ مَا لَكُمْ كَيْفَ تَحْكُمُونَ ﴾
سورة الحجرات		
١٢٨	٧	﴿ وَأَعْلَمُوا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ اللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِي كَثِيرٍ مِّنَ الْأَمْرِ لَعَنِتُمْ ﴾
سورة الطلاق		
٦٢	٣-٢	﴿ وَمَنْ يَتَّقِ اللَّهَ يَجْعَلْ لَهُ مَخْرَجًا ۖ ﴿٢﴾ وَيَرْزُقْهُ مِنْ حَيْثُ لَا يَحْتَسِبُ ۖ ﴾
١٩١	٧	﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ ۖ ﴾
سورة الصف		
٢٥٥	٣	﴿ كَبُرَ مَقْتًا عِنْدَ اللَّهِ أَنْ تَقُولُوا مَا لَا تَفْعَلُونَ ﴾

سورة الجمعة		
١٤١	٩	﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نُودِيَ لِلصَّلَاةِ مِنْ يَوْمِ الْجُمُعَةِ فَاسْعَوْا إِلَىٰ ذِكْرِ اللَّهِ وَذَرُوا الْبَيْعَ ۚ﴾
سورة الطارق		
١٥٩	١٧-١٥	﴿إِنَّهُمْ يَكِيدُونَ كَيْدًا ۝١٥ وَأَكِيدُ كَيْدًا ۝١٦ فَمَهْلُ الْكَافِرِينَ أَهْمُ لَهُمْ رُؤُوسُهُ ۝١٧﴾
سورة الغاشية		
٩٧	١٧	﴿أَفَلَا يَنْظُرُونَ إِلَىٰ الْإِبِلِ كَيْفَ خُلِقَتْ﴾

فهارس الأحاديث النبوية

٤٧	(إذا جمع الله الأولين والآخرين يوم القيامة رفع لكل غادر لواء)
١٣٦	(إذا أمرتكم بشيء، فأتوا منه ما استطعتم، وإذا نهيتكم عن شيء فدعوه)
١٤٢	(إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار)
١٤٢	(إذا أقرض أحدكم أخاه قرضاً، فأهدي إليه طبقاً، فلا يقبله)
١٦٩	(إذا ضن الناس بالدينار و الدرهم، و تبايعوا بالعينة، و تبعوا أذنان البقر)
٢٥٥-٤٧	(أربع من كن فيه كان منافقاً خالصاً)
١٨٦	(استعمل النبي - صلى الله عليه وسلم - رجلاً من الأزد، يُقال له ابن اللثبية)
٢٥١	(أمر رسول الله - صلى الله عليه وسلم - في غزوة مؤتة زيد بن حارثة)
٤٠	(إن أعظم المسلمين في المسلمين جرماً من سأل عن شيء لم يحرم على المسلمين)
١٢٩-١٢١	(إن الدين يسر، ولن يشاد هذا الدين أحد إلا غلبه، فسددوا، وقاربوا، وأبشروا)
٤٣	(إن دماءكم و أموالكم عليكم حرام)
٢٩١	(إن الأشعرين إذا أرملوا في الغزو)
١٥٩	(أن الرسول - صلى الله عليه وسلم - استعمل رجلاً على خير)
١٣٥	(أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لعن زوَّارات القبور)
١٩٧	(أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن)
١٤٣	(أن النبي - صلى الله عليه وسلم - نهى أن يُخطب الرجل على خطبة أخيه)
٤٠	(إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها، وحدّ حدوداً فلا تعتدوها)
١٦٦-١٦١-١٤١	(إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى)
١٧١	(إنما أنا بشر، وإنكم تختصمون إلي، ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض)
١٣٥	(إنه يستعمل عليكم أمراء فتعرفون و تنكرون، فمن كره فقد برئ)
٢٥٤	(إني قد أهديت إلى النجاشي حلة، وأواقي من مسك، ولا أرى النجاشي إلا قد مات)
٢٥٥-٤٧	(آية المنافق ثلاث إذا حدث كذب وإذا وعد أخلف وإذا ائتمن خان)
٢٩١	(بعث الرسول صلى الله عليه و سلم بعثاً على الساحل)
١٦٧	(البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، إلا أن تكون صفقة خيار، ولا يحل له أن يفارق)
١٠٢	(الجهاد واجب عليكم مع كل أمير برا كان أو فاجراً)

٤٣	(الحلال بيّن، والحرام بيّن، وبينهما أمور مشتبهات)
٣٩	(الحلال ما أحله الله في كتابه والحرام ما حرمه الله في كتابه، وما سكت عنه)
١٢٥	(خذوا عني مناسككم)
٢٩٧	(درهم ربا يأكله الرجل و هو يعلم)
٢٩٧	(الذهب بالذهب)
١٢٢	(شكوا إلى النبي - صلى الله عليه وسلم - -يعني القمل - فأرخص لهما بالحرير)
٢٥٦	(الصلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحاً حرم حلالاً ، أو أحل حراماً)
١٢٢	(عليكم برخصة الله الذي رخص لكم)
١٩٤	(فمن أراد بجوحة الجنة فليلزم الجماعة)
١٦٥	(قاتل الله اليهود، حرمت عليهم الشحوم، فجملوها، وباعوها، وأكلوا ثمنها)
٢٠٠	(قد تركتكم على البيضاء ليلها كنهارها ، لا يزيغ عنها بعدي إلا هالك)
٤٩	(كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل)
١٧٣	(لا تحل الخلافة لمسلم)
١٣٥	(لا تقطع الأيدي في الغزو)
٧٧	(لا صلاة إلا بطهور)
٢٩٩	(لا ضرر و لا ضرار)
١٦٦-١٥٠-١٤٩	(لعن الله المحلل والمحلل له)
١٦٥	(لا يجمع بين متفرق ، ولا يفرق بين مجتمع خشية الصدقة)
٣٠١-٢٥٧-٢٥٢	(لا يحل سلف وبيع، ولا شرطان في بيع، ولا ربح ما لم تضمن، ولا بيع ما ليس عندك)
١٢٢	(ليس من البر الصيام في السفر)
٧٦	(من أدخل في ديننا ما ليس منه فهو رد)
٧٥-٥٠	(من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد)
٤٦	(من نذر أن يطيع الله فليطعه و من نذر أن يعصي الله فلا يعصه)
٢٨٦	(نهي رسول الله - صلى الله عليه وسلم -عن بيع الغرر-)
٣٠١-٢٥٣-٢٥٢	(نهي عن بيعتين في بيعة)
٤٠	(وسكت عن كثير من غير نسيان، فلا تتكلفوها؛ رحمة لكم، فاقبلوها)
١٠٢	(والصلاة واجبة عليكم خلف كل مسلم برا كان أو فاجرا وإن عمل الكبائر)
١٣٤	(يا عائشة! لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية؛ لأمرت بالبيت فهدم)

فهارس الموضوعات

المقدمة	٥
الفصل الأول التمهيدي: التعريف بالعقود وأقسامها، والعقود المستجدة وأقسامها.	
ويشتمل على أربعة مباحث:	
المبحث الأول: تعريف العقود، وفيه مطلبان:	
المطلب الأول: تعريف العقود لغة.	١٤
المطلب الثاني: تعريف العقود اصطلاحاً.	١٥
المبحث الثاني: تعريف المال وفيه مطلبان:	
المطلب الأول: تعريف المال لغة.	١٨
المطلب الثاني: تعريف المال اصطلاحاً.	١٨
المبحث الثالث: أقسام العقود، وفيه خمسة مطالب:	
المطلب الأول: أقسام العقود من حيث التسمية وعدمها.	٢١
المطلب الثاني: أقسام العقود من حيث المشروعية وعدمها.	٢٣
المطلب الثالث: أقسام العقود من حيث صحة العقد وعدمها.	٢٤
المطلب الرابع: أقسام العقود من حيث المعاوضة والتبرع.	٢٥
المطلب الخامس: أقسام العقود من حيث كونها بسيطة أو مركبة.	٢٧
المبحث الرابع: المقصود بالعقود المستجدة.	٢٨
المبحث الخامس: أقسام العقود المستجدة.	٢٩
الفصل الثاني: القواعد الأصولية المطبقة على العقود المستجدة في هذا البحث.	
ويشتمل على سبعة مباحث:	
المبحث الأول: القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم التكليفي، وفيه مطلبان:	
المطلب الأول: قاعدة: الأصل في الأشياء والمعاملات.	٣٤
المطلب الثاني: قاعدة: ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب.	٥٢
المبحث الثاني: القواعد الأصولية المتعلقة بالحكم الوضعي، وفيه مطلب واحد:	

المبحث الثالث: القواعد الأصولية المتعلقة بالنهي، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول: قاعدة: اقتضاء مطلق النهي للفساد. ٦٩

المبحث الرابع: القواعد الأصولية المتعلقة بالقياس، وفيه مطلبان:

المطلب الأول: قاعدة: جريان القياس في الأسباب والشروط والموانع. ٨٩

المبحث الخامس: القواعد الأصولية المتعلقة بالمقاصد الشرعية، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول: قاعدة: أن تكاليف الشارع ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق،

وهذه المقاصد ثلاثة أقسام: أحدها: أن تكون ضرورية،

والثاني: أن تكون حاجية، والثالث: أن تكون تحسينية. ٩٥

المطلب الثاني: قاعدة: الحاجة العامة تزل منزلة الضرورة. ١١٤

المطلب الثالث: قاعدة: التيسير ورفع الحرج. ١٢٤

المطلب الرابع: قاعدة: درء المفاسد مقدم على جلب المصالح. ١٣١

المطلب الخامس: قاعدة: الوسائل لها أحكام المقاصد. ١٣٧

المطلب السابع: قاعدة: إبطال الخيل. ١٤٤

الفصل الثالث: التكييف الفقهي للنوازل، وطرق التعرف على أحكامها.

ويشتمل على مبحثين:

المبحث الأول: التكييف الفقهي للنوازل، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: المقصود بالتكييف الفقهي. ١٧٨

المطلب الثاني: المقصود بالنوازل ١٨١

المطلب الثالث: وسائل توصل للتكييف الفقهي الصحيح. ١٨٢

المبحث الثاني: طرق التعرف على أحكام النوازل، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: بالرد إلى الأدلة الشرعية. ١٨٧

المطلب الثاني: بالرد إلى القواعد الفقهية. ٢١٥

المطلب الثالث: بطرق التخريج. ٢١٨

الفصل الرابع: أحكام لبعض العقود المستجدة وتطبيقاتها الأصولية.

وفيه خمسة مباحث:

٢٣٣ المبحث الأول: الخلوات.

٢٤٣ المبحث الثاني: الإجارة المنتهية بالتملك.

٢٦٠ المبحث الثالث: المشاركة المتناقصة.

٢٧٢ المبحث الرابع: مراجعة الأمر بالشراء.

٢٨٥ المبحث الخامس: التأمين.

الفصل الخامس: الضوابط التي يجب مراعاتها في العقود المستجدة.

وتشتمل على ثلاث مباحث:

٢٩٦ المبحث الأول: تعريف الضابط.

٢٩٧ المبحث الثاني: الضوابط التي يتوصل إليها من الدراسة والبحث.

٣٠٤ الخاتمة

٣٠٧ قائمة المراجع

٣٢١ فهارس الآيات القرآنية

٣٢٩ فهارس الأحاديث النبوية